

# Adquisición de Vivienda y Cláusulas Abusivas.

La integración del Derecho español a través  
del Derecho europeo y comparado.

**Texto:**

**JAVIER DOMÍNGUEZ ROMERO**

**Prólogo:**

**FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ**



Derecho Privado



ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS  
La integración del Derecho español a través del Derecho europeo  
y comparado

# COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO

Director

**Antonio Manuel Morales Moreno**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,  
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Consejo Asesor

**Antonio Pau Pedrón**, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario, registrador de la propiedad y abogado del Estado.

**José Miguel Embid Irujo**, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia.

**María Paz García Rubio**, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

**Nieves Fenoy Picón**, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como Catedrática de Universidad) de la Universidad Autónoma de Madrid.

# ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

La integración del Derecho español a través del  
Derecho europeo y comparado

---

JAVIER DOMÍNGUEZ ROMERO



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2018

Primera edición: enero de 2018



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, [www.boe.es](http://www.boe.es), apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Javier Domínguez Romero  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es/>

NIPO: 786-18-003-7  
ISBN: 978-84-340-2458-8  
Depósito legal: M-1170-2018

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

*A mi familia*



## ÍNDICE

PRÓLOGO .....	15
ABREVIATURAS .....	25
ACRÓNIMOS DE REVISTAS Y PUBLICACIONES JURÍDICAS .....	37
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN. VIVIENDA COMO BIEN Y COMO DERECHO	
1.1. Bien de consumo y bien social: actuación legislativa .....	41
1.2. Derecho a la vivienda: protección judicial .....	54
CAPÍTULO 2. CUESTIONES NUCLEARES. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN Y CONTORNOS DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD	
2.1. Planteamiento. Unificación y actualización normativa de la contratación privada .....	61
2.2. Cláusulas no negociadas individualmente .....	71
2.2.1. Rasgos característicos, con especial referencia a los instrumentos de modernización .....	72
2.2.2. Precisiones conceptuales. <i>Onus probandi</i> de la negociación, en el sistema nacional y en el moderno Derecho contractual europeo .....	78
2.2.3. Una revisión del control de abusividad que prescinda del requisito de no negociación singular: el ejemplo británico .....	85
2.3. Elementos configuradores del carácter abusivo y factores determinantes para su apreciación .....	92
2.3.1. Parámetros y factores de control en Derecho europeo y nacional, así como en los instrumentos modernizadores ....	94

	Páginas
2.3.2. Interpretación jurisprudencial europea y nacional .....	109
A) Desequilibrio contractual importante y factores ponderativos .....	110
B) Desequilibrio contrario a la buena fe y contextualización. Referencia a las cláusulas sorprendentes .....	113
2.4. Límites a la consideración de abusividad .....	119
2.4.1. Cláusulas declarativas .....	120
A) Matices a la exclusión .....	126
B) Servicios públicos .....	129
2.4.2. Cláusulas sobre elementos esenciales .....	136
A) Objeto principal del contrato, relación calidad-precio y transparencia: aclaraciones al respecto .....	142
A.I) Elementos <i>ex</i> artículo 4.2 Directiva 93/13: interpretación del Tribunal de Justicia y enfoques determinativos .....	144
A.II) Alcance de la exigencia de transparencia .....	149
B) La exención de contraste de abusividad en el <i>Soft Law</i> y en Reino Unido .....	155
C) La operatividad de la exención en España. Especial referencia al «control de transparencia»	
C.I) Discusión nacional previa a la Sentencia <i>Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid</i> .....	166
C.II) Pronunciamiento del Tribunal de Justicia y ulteriores resoluciones del Tribunal Supremo ....	173
 CAPÍTULO 3. CONTROL DE OFICIO. SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD	
3.1. Control de oficio del carácter abusivo .....	197
3.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el examen <i>ex officio</i> de las cláusulas abusivas	
A) De la inicial atribución <i>facultativa</i> a <i>deber</i> judicial ...	198
B) Control <i>imperativo</i> y primer límite. Examen en monitorio .....	201
C) Debate contradictorio (segundo límite) y control en apelación .....	208
D) Examen en sede ejecutiva .....	211

	Páginas
3.1.2. Traslación nacional de la jurisprudencia europea .....	213
A) Monitorio .....	215
B) Ejecución .....	220
C) Apelación .....	225
3.2. Sanción a la abusividad y consecuencias: sistema nacional, europeo y modernizador desde la jurisprudencia .....	231
3.2.1. Mecanismo correctivo y efectividad de su declaración judicial	
A) Carencia vinculatoria de la cláusula abusiva .....	231
B) Eficacia retroactiva de la declarada nulidad por abusividad y su discutida limitación: de la STS 9.5.2013 a la Sentencia <i>Gutiérrez Naranjo y otros</i> .....	242
3.2.2. El contrato desprovisto de contenido abusivo .....	258
A) Fundamento y naturaleza de la regla de nulidad parcial .....	261
B) Criterios sobre la subsistencia del contrato parcialmente nulo	
B.I) Planteamiento. <i>Statu quo</i> nacional .....	267
B.II) Jurisprudencia europea y consideraciones al respecto .....	270
B.III) Criterios adoptados por los instrumentos modernizadores .....	274
C) Reglamentación sustitutiva .....	278
C.I) Integración y moderación vedadas por la jurisprudencia europea. Consideraciones al respecto .....	280
C.II) Integración admitida por el Tribunal de Justicia. Situación nacional con la reforma operada por Ley 3/2014 .....	288
 CAPÍTULO 4. CLAUSULADO ABUSIVO EN LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITOS PARA VIVIENDA	
4.1. Planteamiento .....	297
4.2. Apuntes sobre el listado de cláusulas abusivas nacional, europeo y modernizador .....	301

	Páginas
4.3. Tipología destacable en el contrato de compraventa de vivienda ...	304
4.3.1. Atribución de competencia jurisdiccional: sumisión expresa	
A) Tratamiento nacional y europeo. Apreciación de ofi- cio de su carácter abusivo y problemática procesal ...	305
B) Tratamiento en los instrumentos de modernización ...	310
4.3.2. Retención de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: arras y pena convencional	
A) Planteamiento y precisiones conceptuales .....	312
B) Retención por renuncia a la celebración o a la ejecu- ción del contrato .....	317
C) Retención por incumplimiento resolutorio .....	320
4.3.3. Alteraciones durante la construcción: facultad de modifica- ción unilateral y declaración de conformidad predispueta	
A) Visión panorámica y derecho de información .....	324
B) Potestad reservada de variación .....	329
C) Emisión de irreal aquiescencia .....	331
4.3.4. Plazo de entrega de la vivienda	
A) Acerca de la esencialidad de la puntual entrega y el control de abusividad .....	334
B) Irregularidades sobre el tiempo de cumplimiento y análisis de su eventual carácter abusivo .....	342
4.3.5. Repercusión de gastos al consumidor adquirente de vi- vienda	
A) Consideraciones generales .....	346
B) Gastos tributarios. Especial referencia a la plusvalía municipal .....	351
C) Gastos relativos a la implantación de servicios nece- sarios .....	360
D) Gastos para preparar la titulación de la compraventa	
D.I) Delimitación con los gastos de escrituración y su posible abusividad .....	361
D.II) Gastos relacionados con el <i>préstamo promotor</i> . Imposición de subrogación hipotecaria .....	367
D.III) Otros gastos preparatorios de la titulación .....	374

4.4. Tipología destacable en el préstamo hipotecario que financia la adquisición de vivienda	
4.4.1. Consideraciones comunes: marco normativo. Análisis crítico de la regulación relativa a la <i>financiación no bancaria</i> y los servicios de intermediación financiera .....	381
4.4.2. Estipulaciones que rigen el pago del préstamo	
A) Sistema amortizativo. Especial referencia al <i>sistema francés</i> y la amortización negativa .....	393
B) Base de cálculo de intereses ordinarios. Consideración especial del <i>método 365/360</i> .....	403
C) Cláusula suelo .....	415
C.I) Consideración de condición general susceptible de control en el ámbito de tutela de los consumidores .....	416
C.II) Criterios jurisprudenciales sobre su carácter abusivo .....	421
C.III) Incidencia procedimental interna de la Sentencia <i>Gutiérrez Naranjo y otros</i> . Medios excepcionales de reparación .....	428
C.III.a) Observaciones previas .....	430
C.III.b) Análisis procedimental circunstanciado .....	432
C.III.c) Revisión y responsabilidad patrimonial estatal .....	443
4.4.3. Intereses de demora y pacto de anatocismo .....	459
A) Cláusula de interés moratorio	
A.I) Regulación nacional y modernizadora europea sobre los intereses de demora .....	460
A.II) Límite legal en préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual y cuestiones prejudiciales europeas acerca del recálculo de intereses ..	464
A.III) Valoración de su eventual carácter abusivo y consecuencias de apreciarlo desde la jurisprudencia europea y nacional .....	469
B) Cláusula de capitalización de intereses	
B.I) Tratamiento nacional (vigente y propuesto) del anatocismo y prohibición de capitalizar ciertos intereses moratorios .....	475

	Páginas
B.II) Intereses anatocísticos en el moderno Derecho contractual europeo .....	477
B.III) Consideración de abusividad del pacto de anatocismo .....	479
4.4.4. Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario .....	481
A) Por impago de términos amortizativos y primas de seguros	
A.I) La estipulada facultad de anticipar el vencimiento por incumplimiento del prestatario: criterios jurisprudenciales (nacional y europeo) sobre su licitud y traslación a la tipología objeto de análisis .....	482
A.II) Ejecución hipotecaria e intereses futuros: cuestiones de abusividad en la reclamación asociada al vencimiento por impago de cuotas del préstamo .....	488
A.III) Suscripción de seguros y <i>cross default</i> .....	496
B) Por no inscripción registral de la hipoteca, actos de disposición sobre el bien objeto de garantía y alteraciones en el patrimonio acreditado .....	501
4.4.5. Cláusula de gastos del préstamo hipotecario .....	504
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES .....	507
TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS .....	513
BIBLIOGRAFÍA .....	535

## PRÓLOGO

En los últimos años como consecuencia de la gravísima crisis económica mundial, intensificada en nuestro país por una crisis del sistema financiero de extraordinarias proporciones, han quedado al descubierto profundos defectos del ordenamiento jurídico español en el diseño del sistema de ejecuciones hipotecarias, así como un buen número de cuestionamientos sobre una arquitectura legal del tratamiento de las cláusulas abusivas, que hasta hace bien poco no habían traspasado la línea del puro debate técnico-jurídico de la dogmática al uso. A medida que estos defectos se destapaban –si bien muchos de ellos ya eran bien conocidos– el impacto social generado ha sido considerable. Así, ejecuciones hipotecarias masivas, dramáticos lanzamientos de las viviendas, clamorosos casos de subsistencias de deudas tras las ejecuciones hipotecarias frente a contadísimos de aceptación por las entidades crediticias de las «daciones en pago», cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas de intereses moratorios, o cláusulas sobre el interés negativo, son, entre otras muchas, cuestiones jurídicas muy candentes que están presentes en el debate jurídico de la actualidad. Estos problemas, que perfectamente pueden considerarse como una suerte de *topoi* de nuestra contemporaneidad, aparecen en el imaginario colectivo entre las preocupaciones sociales derivadas de la crisis económica y sobre ellos se debate con especial encono.

Cuando la sociedad vuelve su mirada a las reglas de derecho y estas se perciben como puro oscurantismo, en un contexto de «crisis sistémica múltiple» como el de nuestro tiempo (lo cual se expresa excelentemente en la sugerente idea de Zygmunt Bauman de la «modernidad líquida»; sobre la idea de que el Código sigue siendo útil para la existencia de un Derecho privado acorde con nuestro tiempo y que permita un anclaje sólido en una sociedad líquida, son impagables las reflexiones de M.<sup>a</sup> Paz García Rubio, «Sociedad líquida y

codificación», *ADC*, t. LXIX, fasc. III, 2016, 743 ss.), no estamos ante exageraciones o visiones sociales deformadas o manipuladas por alguien, sino ante el «derecho vivo» (Eugen Ehrlich) y ante una grave falta de respuesta a los problemas sociales más acuciantes por parte de un legislador que genera altísimas dosis de frustración social, y también ante una preocupante falta de sensibilidad de unos operadores jurídicos –aunque honrosas excepciones hay– que prefieren adoptar una actitud pasiva como meros consumidores de normas jurídicas en un indolente y somnoliento estado de acriticidad. Llega el momento en que la comunidad jurídica debe reflexionar profundamente sobre los defectos del diseño legal y provocar cambios sustanciales.

El presente libro de Javier Domínguez Romero, *Adquisición de viviendas y cláusulas abusivas: La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, que ahora el lector tiene en sus manos, responde perfectamente a esta misión, parte de la preocupación social, no se conforma con las explicaciones técnicas alejadas del «derecho vivo», no rehúye en ningún momento el análisis de la complejidad de la materia y plantea soluciones jurídicas bien argumentadas.

El sistema español de ejecución hipotecaria se cimenta, como bien recuerda el autor de este libro, básicamente en dos pilares: la existencia de una doble garantía en la recuperación del crédito y la imposición de un proceso sumario cuyas causas de oposición están muy tasadas, de modo tal que para cualquier otra defensa la ley española obliga al deudor hipotecario a acudir a un ulterior proceso, diferente y de naturaleza declarativa, sin efecto suspensivo sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria en curso.

Durante mucho tiempo este diseño legal –permítame el lector, y también el autor de esta obra, utilizar esta idea en vez de la metafórica expresión «pilares» que puede llegar a ser malentendida–, no ha sido puesto en duda; al contrario, se ha estudiado y aceptado con escasa crítica. Es clara al respecto la idea expresada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 2008 de que no puede considerarse como abusiva la conducta del acreedor que usa en defensa de sus derechos facultades que le concede la ley, en particular, la reclamación de la diferencia entre el total del crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó el bien hipotecado. En abstracto, ciertamente, no es un abuso, pero en determinadas situaciones o contextos, y la denominada «crisis de los desahucios» ha mostrado, y sigue mostrando, un buen número de situaciones especialmente injustas, los juristas debemos estar en condiciones de dar respuestas adecuadas. El famoso Auto de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de febrero de 2010, en virtud del cual se denegó la continuación de la ejecución ordinaria por insuficiencia de la

realización del valor sobre el bien hipotecado, no fue más que una raya en el agua. Sólo el legislador puede establecer la obligatoriedad de la dación en pago, ya para todos los casos ya sólo para aquellos en los que las especiales circunstancias presentes pongan en quiebra la equidad. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, no lo quiso hacer, y si bien introdujo algunas modificaciones significativas, no alteró el diseño legal de partida y tan sólo parcheó, al más puro *Spanish way*, algunos de los problemas presentes (reforma puntuales de algunas normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la insuficiencia de la ejecución hipotecaria: reducción de la deuda remanente en caso de ejecución sobre la vivienda habitual y limitación muy cautelosa, para estos casos, de la responsabilidad patrimonial universal mediante la figura de la quita de un 35% para la liquidación de la deuda remanente en cinco años o de un 20% para su liquidación en diez años), pero sin afrontar el verdadero meollo de la cuestión y, por supuesto, sin introducir el remedio realmente revolucionario de la dación en pago. Tampoco lo hizo el paquete de medidas que vino con la denominada «Ley de segunda oportunidad» (R.D. Ley 1/2015, de 27 de febrero y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social) el cual se limitó a la introducción de una serie de normas para el lavado de la imagen del legislador y del gobierno con el fin de facilitar acuerdos extrajudiciales o judiciales de dación en pago, pero, precisamente, como «acuerdos», en cuanto tales, dejados siempre a la discrecionalidad del acreedor hipotecario, pero rehuyó la articulación, al menos en los casos de mayor vulnerabilidad del deudor hipotecario, de una dación en pago *ex lege*. La misma apreciación cabe expresar respecto del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (121/000012) que acaba de ser presentado en el momento de escribir estas líneas (17 de noviembre de 2017). Con esta ley, tal y como se declara en su propia Exposición de Motivos (II), por un lado, se incorporará parcialmente al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por otro, se introducirán una serie de previsiones cuya finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria. Se trata sin embargo, pese a las grandilocuentes declaraciones del Consejo de Ministros expresadas en el momento de presentar el Proyecto de Ley (véase, *Referencia del Consejo de Ministros*, de 3 de noviembre de 2017), de una acción legislativa debida, por cuanto es una tardía transposición de la

directiva comunitaria, y conservadora, porque resulta poco ambiciosa respecto del segundo núcleo de temas que trata.

Este segundo conjunto temático, esto es, el relativo a las condiciones generales y a las cláusulas abusivas, es precisamente el objeto principal de estudio de la presente monografía en la que cada problema se analiza profundamente en todo su arco histórico, desde la antigua Directiva de cláusulas abusivas hasta la más reciente sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pasando, por supuesto, por toda la legislación interna, tanto la derivada directamente de ellas como aquella otra conectada materialmente, inclusive el citado proyecto. Pero vayamos por partes, sobre ello volveré más adelante. Lo que revela el estado actual de cosas, es que el legislador español no ha sentido en absoluto la necesidad, pese a –como suele decirse– «todo lo que ha caído», de extender las medidas estatales de protección de los deudores hipotecarios (especialmente, los comprendidos en las adquisiciones de viviendas habituales) más allá de la mencionada directiva y de establecer un sistema que permita promocionar una «decidida protección *ex ante*» –así la describe Javier Domínguez– de estos sujetos con la imposición legal de la dación en pago liberatoria (nótese que la dación en pago «típica» es un remedio *ex post* y depende de la voluntad de las partes). En cualquier caso, esta actitud no es de extrañar, sino todo lo contrario, ya que es previsible desde el momento en que la directiva comunitaria se quedó en la débil exigencia de *prohibir* a los Estados miembros que prohíban las daciones en pago. En otras palabras, un obsequio a las entidades crediticias de media Europa, y en especial a las de nuestro país, que pueden respirar tranquilas; aunque tampoco, por evidentes razones competenciales, se podía ir más lejos.

Desde la célebre Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*caso Aziz*), que declara que el sistema procesal español de ejecución hipotecaria (en concreto, arts. 695 y 698 LEC) es contrario a la Directiva sobre cláusulas abusivas en cuanto obliga al consumidor a acudir a un ulterior proceso declarativo para discutir sobre la abusividad de las cláusulas del contrato de crédito hipotecario, se han sucedido en cascada toda una serie de sentencias comunitarias, con algunas otras entre medio de nuestro Tribunal Supremo, que ponen en duda determinados aspectos del tratamiento en el ordenamiento español de las cláusulas abusivas y de su repercusión en el procedimiento de ejecución hipotecaria. No es el momento de detenernos en ellas, por no ser adecuado para la extensión y fluidez del prólogo de un libro. En esta monografía, su autor las trata todas ellas con lujo de detalles y argumentaciones, sin evitar en ningún momento enfrentarse no sólo a los problemas jurídicos que suscitan, sino también a su repercusión a nivel general en el sistema jurídico.

Esto se observa ya desde el primer Capítulo de la obra el cual se dedica tanto a introducir las cuestiones jurídicas que se tratarán en torno al tema de las cláusulas abusivas en la adquisición de viviendas como a contextualizarlo en un marco socio-económico más amplio: la vivienda como bien y como derecho. Se trata de un capítulo epistemológico, pero no de una epistemología del régimen de las condiciones generales, tarea que ya ha sido abordada, con más o menos éxito, en nuestra doctrina al rebufo de la dogmática alemana de las *allgemeine Geschäftsbedingungen* por una serie de buenos especialistas en la materia. El autor tiene en cuenta en esta parte una idea de justicia olvidada frecuentemente por la aplicación automática de las normas jurídicas. El tratamiento de las cláusulas abusivas no debería ser igual en las adquisiciones de viviendas que en las del resto de bienes y servicios. Para la mayor parte de las personas la adquisición de una vivienda es un acto de enorme trascendencia económica y social. En este punto confluyen dos conceptos constitucionales que deberían iluminarlo todo, pero que sistemáticamente se olvidan en la práctica judicial de las ejecuciones hipotecarias y del tratamiento de las cláusulas abusivas; por un lado, el derecho a la vivienda y, por otro, la función social de la propiedad, cuya confluencia armónica debería permitir la elaboración de la «función social de la vivienda» (tristemente, la STC 93/2015, de 14 mayo, la desconoce al declarar la inconstitucionalidad parcial del Decreto-ley andaluz de 2013 de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda). El propio TEDH ha estimado en algunas sentencias que la pérdida de la vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener un examen de la proporcionalidad de la medida a la luz de los principios derivados del art. 8 CEDH (*McCann contra Reino Unido*, 2008; *Orlić contra Croacia*, 2011; *Rousk contra Suecia*, 2013).

Me parece pertinente traer a colación, para fundamentar lo anterior, la brillante glosa y matización que Ángel López y López realiza sobre el libro de Giuseppe Vettori, *Il contratto europeo fra regole e principi* (Torino, 2015), en su reciente trabajo, lleno de ideas y sugerencias, «Europa, principios, reglas, jueces, remedios» (*Quaderni Fiorentini* 46/2017, 963 ss.). Para Vettori es necesaria una valoración sistemática de los derechos en la Unión Europea que conjugue Carta de Derechos Humanos, Carta de los Derechos Fundamentales y Constituciones nacionales, que pondere a la luz de los principios de igualdad y solidaridad y que permita huir de la lógica del mercado, configurar un verdadero «derecho a la existencia», en lucha contra la pobreza y con base en el principio de dignidad de la persona; una relación distinta entre legisladores y jueces, y nuevas técnicas de aplicación con un nuevo diálogo

entre los tribunales domésticos y los internacionales. Para Ángel López nadie, con la dignidad ética del jurista, podría discutir este programa, pero no debe obviarse el problema estructural del Derecho de la Unión derivado de la necesidad de respeto de las tradiciones jurídicas nacionales, y en especial de las constitucionales. Probablemente, la tesis principal que subyace en esta monografía de Javier Domínguez Romero intuye la idea del primer autor y extraña la medida del segundo. En cualquier caso, la necesidad de un diálogo entre los tribunales domésticos y los internacionales es el vector seguido en esta obra.

Con esta base conceptual (derecho a la vivienda, función social de la propiedad y principio de proporcionalidad) y la ayuda de grandes maestros (destaquemos los estudios del Profesor Ángel López y López sobre el derecho de propiedad, los cuales muy de cerca siempre nos acompañan a sus discípulos, y también, no podía ser de otro modo, a Javier Domínguez Romero), a lo largo de este Capítulo I, el autor realiza un recorrido por el Derecho europeo y la Carta de Derechos Fundamentales que le permiten la contextualización epistemológica de la que antes hablaba. Para el autor de esta obra existe una posible vía hermenéutica que podría seguirse: no se trata de exigir a la Administración una vivienda de manera incondicional, ni de su reclamación por la vía judicial, sino más bien, sin perjuicio de su promoción pública, de exigir la protección de la vivienda a la que ya se ha accedido, pues, aun cuando constitucionalmente no es posible la justiciabilidad absoluta de todos los contenidos del derecho de vivienda, sí existen algunos aspectos del mismo que debieran poder invocarse judicialmente, muy especialmente aquellos que guarden conexión con otros derechos constitucionales. Puede compartirse o no esta perspectiva y argumentarse y contraargumentarse al respecto cuanto se desee. La valentía de Javier Domínguez Romero, al plantearlo en esta monografía sobre las cláusulas abusivas en la adquisición de viviendas y no quedarse en la superficie de lo puramente técnico, es encomiable y digna de ser alabada. No puedo olvidarme ahora de una pionera en este campo, la Profesora Rosario Valpuesta Fernández, quien en el año 2005, entrando en el análisis crítico del sistema español de publicidad registral, más allá de los planteamientos dogmáticos sobre la protección del tercero hipotecario y de las líneas interpretativas de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, tras un concienzudo análisis sobre la imbricación de los principios constitucionales en el Derecho privado, introdujo la perspectiva constitucional en el sistema de publicidad registral. Con ello, la añorada y querida maestra planteó una línea de interpretación «que sea coherente con los valores, principios y derechos que se contienen en nuestro texto constitucional» (R. Valpuesta Fernández, «Publicidad registral, seguri-

dad del mercado y Estado social», *ADC*, t. LVII, fasc. IV, 2005). La influencia de esta tesis de Rosario Valpuesta Fernández está muy presente en el actual planteamiento de Javier Domínguez Romero, más de lo que, conscientemente, este último pueda percibir.

Cuanto se ha dicho, sirve, a mi modesto entender, para presentar el conjunto de este trabajo de Javier Domínguez Romero. No obstante, como prologuista cumplo ahora con la presentación de las líneas generales del resto de capítulos, que son, todo sea dicho, de excelente factura.

El Capítulo II trata sobre las cuestiones básicas en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas: la ausencia de negociación y los contornos del juicio de abusividad. Es un análisis previo y obligado al estudio de la tipología de las cláusulas abusivas en los créditos hipotecarios sobre viviendas. El objeto de estudio del autor no se centra en el Derecho positivo y la jurisprudencia domésticos, lo que llevaría a resultados más bien pobres. No pierde de vista en ningún momento el Derecho comunitario ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero el autor da un paso más ante esta «integración forzada», por denominarla de algún modo, del ordenamiento español más allá del ámbito ordinario del Derecho de consumidores y contratos y que alcanza ahora al sistema de procesal de las ejecuciones hipotecarias; se sirve también del Derecho comparado, no sólo del proveniente de sistemas extranjeros, sino también, y sobre todo, del derivado hoy en día de los instrumentos europeos de unificación y armonización del Derecho de obligaciones y contratos: PECL, ACQP y DCFR, así como los relacionados con este último instrumento (FS y CESL). Las ideas y matices que muestran estas «fuentes», aun cuando no sean Derecho vigente, son innumerables y son aprovechadas inteligentemente por el autor. Léase, por ejemplo, la parte dedicada al control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales y el principio de transparencia.

Al estudio del control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas, donde la jurisprudencia europea es esencial, se dedica el tercer Capítulo. Bien es sabido que la jurisprudencia europea ha tenido un gran impacto en la legislación española sobre la materia, en especial la procesal, la cual se ha visto ante la necesidad de corregir los déficits de protección del consumidor detectados por el Tribunal de Justicia. El Capítulo analiza primeramente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas, para detenerse a continuación en su traslación al Derecho español en los procedimientos monitorio y ejecutivo y la segunda instancia. La tercera parte del capítulo se dedica al estudio de las consecuencias jurídicas de la sanción a las cláusulas abusivas.

El estudio de la tipología de las cláusulas abusivas en los contratos de compraventa y préstamo hipotecario suscritos para vivienda se contiene en el cuarto Capítulo. En él Javier Domínguez Romero realiza un esfuerzo titánico por analizar todas y cada una de las cláusulas más importantes presentes en la realidad de las compraventas de viviendas y los créditos hipotecarios. Inicia este Capítulo con un breve apunte sobre el listado de cláusulas abusivas nacional, europeo y modernizador. El acierto del autor en este punto reside en no dejarse encorsetar por la diferenciación, siempre abonada a la discusión, entre lista negra, gris o mixta de cláusulas abusivas; a partir de un análisis concienzudo de cada una de las cláusulas más habituales y controvertidas elabora su propio listado. El capítulo se divide en dos partes, por un lado, la tipología de cláusulas destacables en el contrato de compraventa y, por otro, la tipología de las destacables en el préstamo hipotecario que financia la adquisición de vivienda.

El último Capítulo contiene las conclusiones de la obra, el cual, por evidentes razones de forma y fondo, es el menos extenso. Tras las inevitables afirmaciones y reafirmaciones que suelen encontrarse en los inicios de cualquier capítulo conclusivo, el autor afirma que la pregunta no es ya si debe o no integrarse el Derecho español en la manera descrita anteriormente, sino cómo puede y debe realizarse dicha integración. No es el momento de desvelarlas, creo que es más oportuno dejarlas a la curiosidad de los lectores.

No lo he dicho antes, pero probablemente a estas alturas, el paciente lector ya haya averiguado que la monografía que ahora tiene en sus manos es una tesis doctoral. En concreto, aquí se recoge, con los pertinentes ajustes, modificaciones y adaptaciones, la memoria de tesis doctoral que fue defendida por Javier Domínguez Romero en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, para la colación del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. La tesis fue defendida ante un Tribunal, presidido por el Profesor Ángel M. López y López (Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Sevilla) e integrado por la Profesora Silvia Díaz Alabart (Catedrática de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid) y el Profesor Francisco Oliva (ahora Catedrático de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla), a quienes personalmente agradezco su amabilidad y profesionalidad, y que otorgó la máxima calificación que permite la actual normativa española, *Sobresaliente cum Laude*.

Finalizo con una pequeña reseña biográfica del autor de esta obra. El Doctor Javier Domínguez Romero es Abogado en ejercicio y Profesor Asociado de Derecho Civil en la Universidad de Pablo de Olavide, de Sevilla. A su faceta como jurista práctico, une incontestables virtudes como investigador: paciencia, laboriosidad, curiosidad, espíritu crítico y reflexión. Es de destacar

que en su *curriculum* investigador se cuentan un par de monografías previas y varios artículos publicados en revistas con índices de calidad. Se trata de un jurista brillante, que, como ha quedado comprobado en esta obra, no se queda sólo con los aspectos puramente técnicos de la materia estudiada, sino que aporta pensamiento crítico, y mucho. Por estas razones, con la presente monografía no nos encontramos ante una obra más sobre cláusulas abusivas en el sector inmobiliario o sobre medidas de protección de los deudores hipotecarios, sino ante algo más: ante una monografía de bella factura y con reflexión crítica; virtud esta última muy poco habitual en los últimos tiempos que corren en la Universidad española.

Sevilla, a 23 de noviembre de 2017

FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ  
Profesor titular de Derecho Civil  
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla



## ABREVIATURAS

Abs.	<i>Absatz</i> = apartado [referencia en § BGB]
AC	<i>Appeal Cases</i> (Reino Unido)
ACQP	<i>Acquis Principles</i> [del ACQUIS GROUP]
AGBG	<i>Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen</i> = Ley alemana de 1976 sobre condiciones generales de la contratación
AH	Antecedente de Hecho
AJD	Actos Jurídicos Documentados
AP	Audiencia Provincial
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AJM	Auto del Juzgado de lo Mercantil
AJPI (I)	Auto del Juzgado de Primera Instancia (e Instrucción)
AP (AAPP)	Audiencia (s) Provincial (es)
aptdo (s).	apartado (s)
APTJ (AAPTJ)	Auto (s) del Presidente del Tribunal de Justicia
APTJ <i>Sánchez Morcillo y Abril García</i>	APTJ 5.6.2014, C-169/14
art (s).	artículo (s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATJ	Auto del Tribunal de Justicia
ATS (AATS)	Auto (s) del Tribunal Supremo
Auto <i>Banco Bilbao Vizcaya Argentaria</i>	ATJ 11.6.2015, C-602/13
Auto <i>Banco Grupo Cajatres</i>	ATJ 8.7.2015, C-90/14
Auto <i>Banco Popular Español y Banco de Valencia</i>	ATJ 14.11.2013, C-537/12 y C-116/13
Auto <i>Ibercaja Banco</i>	ATJ 17.3.2016, C-613/15

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Auto <i>Sánchez Morcillo</i> y <i>Abril García</i>	ATJ 16.7.2015, C-539/14
Auto <i>Sebestyén</i>	ATJ 3.4.2014, C-342/13
Auto <i>Pohotovost'</i>	ATJ 16.11.2010, C-76/10
BCE	Banco Central Europeo
BdE	Banco de España
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> = Código Civil alemán
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> = Boletín Oficial Federal alemán
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> = Tribunal Supremo Federal alemán
BIS	<i>Department for Business, Innovation and Skills</i> (Reino Unido)
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> = Código Civil holandés
B2A	<i>Business to Administration</i> = entre empresa y la Administración
B2B	<i>Business to Business</i> = entre profesionales
B2C	<i>Business to Consumer</i> = entre profesional y consumidor
C2C	<i>Consumer to Consumer</i> = entre particulares
CBE	Circular del Banco de España
CC	Código Civil
CdC	Código de Comercio
CDFUE	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea
Cdo.	Considerando
CEC	<i>Code européen des contrats</i> = Código europeo de contratos (Código de Pavía)
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CESE	Comité Económico y Social Europeo
CESL	<i>Common European Sales Law</i> = normativa común de compraventa europea
CESLR	<i>Regulation on Common European Sales Law</i> = Reglamento de normativa común de compraventa europea
CETS	<i>Council of Europe Treaty Series</i> (publicaciones del Consejo de Europa, desde 2004)
cfr.	compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CISG	<i>Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i> = Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena de 1980)

CRA	Consumer Rights Act 2015 (Reino Unido)
CSE	Carta Social Europea revisada de 1996
C.consom.	<i>Code de la consommation</i> = Código de consumo francés
DA	Disposición Adicional
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i> [del STUDY GROUP y el ACQUIS GROUP]
DCRM	Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (BdE)
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGT	Dirección General de Tributos
Directiva 93/13	Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores
Directiva 1999/44	Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo
Directiva 2005/29	Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo
Directiva 2009/22	Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores
Directiva 2011/83	Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Directiva 2014/17	Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento n.º 1093/2010
DO	Diario Oficial de las Comunidades Europeas / Diario Oficial de la Unión Europea (desde 1.2.2003)
DT (DDTT)	Disposición(es) Transitoria(s)
DTC	Declaración del Tribunal Constitucional
EFC	Establecimientos Financieros de Crédito
EG	EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW (EXPERT GROUP)
EM	Exposición de Motivos
ETS	<i>European Treaty Series</i> (publicaciones del Consejo de Europa, de 1949 a 2003)
EWHC	<i>England and Wales High Court</i> (Reino Unido)
FJ (FFJJ)	Fundamento (s) Jurídico (s)
FMI	Fondo Monetario Internacional
FS (rev.)	<i>Feasibility study for a future instrument in European Contract Law</i> , 3.5.2011 (Revised version, 19.8.2011) [del EXPERT GROUP]
GG	<i>Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland</i> = Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
GURI	<i>Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana</i> = Gaceta Oficial de la República Italiana
i.a.	entre otras/otros
ib.	en el mismo lugar
IBI	Impuesto sobre Bienes Inmuebles
id.	ídem
JM	Juzgado de lo Mercantil
JORF	<i>Journal officiel de la République française</i> = Boletín Oficial de la República Francesa
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JPII	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
LAr. (/88)	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje)
LC/SCL	The Law Commission/The Scottish Law Commission
LCC	Ley de Crédito al Consumo –Ley 7/1995, de 23 de marzo–

LCCC	Ley de Contratos de Crédito al Consumo –Ley 16/2011, de 24 de junio–
LCD	Ley de Competencia Desleal –Ley 3/1991, de 10 de enero–
LCGC	Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación –Ley 7/1998, de 13 de abril–
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –Ley 26/1984, de 19 de julio–
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil –Ley 1/2000, de 7 de enero–
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal –aprobada por Real Decreto de 14.9.1882–
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa –Ley 29/1998, de 13 de julio–
LJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social –Ley 36/2011, de 10 de octubre–
Ley 57/68	Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas
Ley 2/09	Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito
Ley 1/2013	Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social
Ley 3/2014	Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre
Ley 5/2015	Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial
Ley 20/2015	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras
Ley 42/2015	Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LGT	Ley General Tributaria –Ley 58/2003, de 17 de diciembre–
LH	Ley Hipotecaria –aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946–

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido –Ley 37/1992, de 28 de diciembre–
LLCM	Ley de Lucha Contra la Morosidad en las operaciones comerciales –Ley 3/2004, de 29 de diciembre–
LMH	Ley del Mercado Hipotecario –Ley 2/1981, de 25 de marzo–
LMPC	Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y usuarios –Ley 44/2006, de 29 de diciembre–
LO 7/2015	Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación –Ley 38/1999, de 5 de noviembre–
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial –Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio–
LOSSEC	Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito –Ley 10/2014, de 26 de junio–
LOUA	Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía –Ley 7/2002, de 17 de diciembre–
LPH	Ley de Propiedad Horizontal –Ley 49/1960, de 21 de julio–
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público –Ley 40/2015, de 1 de octubre–
LSMPH	Ley sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios –Ley 2/1994, de 30 de marzo–
MCR	Marco Común de Referencia
n.	nota
Nr.	<i>Nummer</i> = número [referencia de BGBl. y en § BGB]
OFT	OFFICE OF FAIR TRADING
OM	Orden Ministerial
op. cit.	obra citada
op. ult. (loc.) cit.	última obra (y lugar) citada (citados)
OPTC	Orden de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –Orden EHA/2988/2011, de 28 de octubre–
p (pp).	página (s)
PCC	<i>Principes Contractuels Communs</i> [de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y la SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE]
PCM	Propuesta de Código Mercantil [de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL]

PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> [de la LANDO COMMISSION]
pfo (s).	párrafo (s)
PICC	<i>Principles of International Commercial Contracts</i> = Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
PLCGC	Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1997
PLRLEC	Proyecto de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –aprobado por la Comisión de Justicia el 17.6.2015–
PMCC	Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos [de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO CIVIL]
pto (s).	punto (s)
QB	<i>Queen’s Bench Division</i> (Reino Unido)
RD	Real Decreto
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDGT	Resolución de la Dirección General de Tributos a consulta tributaria
RDL	Real Decreto-Ley
RDL 1/2017	Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
RDU A	Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía –aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo–
resp.	respectivamente
RH	Reglamento Hipotecario –aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947–
RICVA	Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía –aprobado por Real Decreto 218/1005, de 11 de octubre–
RITPAJD	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo–
Reg.	<i>Regulation</i> = regla [referencia en UTCCR]

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

RPE 2014	Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea
RPTJ	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
S.	<i>Satz</i> = inciso [referencia en § BGB] / <i>Section</i> [referencia a preceptos de HRA, UCTA, UCTB y CRA]
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SAREB	Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria
Secc.	Sección
Sentencia <i>AGM-COS.MET</i>	STJ 17.4.2007, C-470/03
Sentencia <i>Asbeek Brusse y de Man Garabito</i>	STJ 30.5.2013, C-488/11
Sentencia <i>Asturcom Telecomunicaciones</i>	STJ 6.10.2009, C-40/08
Sentencia <i>Aziz</i>	STJ 14.3.2013, C-415/11
Sentencia <i>Banco Español de Crédito</i>	STJ 14.6.2012, C-618/10
Sentencia <i>Banco Primus</i>	STJ 26.1.2017, C-421/14
Sentencia <i>Banif Plus Bank</i>	STJ 21.2.2013, C-472/11
Sentencia <i>Barth</i>	STJ 15.4.2010, C-542/08
Sentencia <i>Barclays Bank</i>	STJ 30.4.2014, C-280/13
Sentencia <i>Barra y otros</i>	STJ 2.2.1988, 309/85
Sentencia <i>BBVA</i>	STJ 29.10.2015, C-8/14
Sentencia <i>Bidar</i>	STJ 15.3.2005, C-209/03
Sentencia <i>Blaizot y otros</i>	STJ 2.2.1988, 24/86
Sentencia <i>Brasserie du pêcheur y Factortame</i>	STJ 5.3.1996, C-46/93 y C-48/93
Sentencia <i>British Telecommunications</i>	STJ 26.3.1996, C-392/93
Sentencia <i>Brzezinski</i>	STJ 18.1.2007, C-313/05
Sentencia <i>Bucura</i>	STJ 9.7.2015, C-348/14
Sentencia <i>Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid</i>	STJ 3.6.2010, C-484/08
Sentencia <i>Cilfit y otros</i>	STJ 6.10.1982, 283/81
Sentencia <i>Cofidis</i>	STJ 21.11.2002, C-473/00
Sentencia <i>Comisión/España</i>	STJ 9.9.2004, C-70/03
Sentencia <i>Comisión/Francia</i>	STJ 24.9.1998, C-35/97
Sentencia <i>Comisión/Irlanda y otros</i>	STJ 2.12.2009, C-89/08

Sentencia <i>Comisión/Países Bajos</i>	STJ 10.5.2001, C-144/99
Sentencia <i>Comisión/Suecia</i>	STJ 7.5.2002, C-478/99
Sentencia <i>Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato</i>	STJ 18.7.2013, C-136/12
Sentencia <i>Constructora Principado</i>	STJ 16.1.2014, C-226/12
Sentencia <i>Denkavit italiana</i>	STJ 27.3.1980, 61/79
Sentencia <i>DI</i>	STJ 14.4.2016, C-441/14
Sentencia <i>Duarte Hueros</i>	STJ 3.10.2013, C-32/12
Sentencia <i>Eco Swiss</i>	STJ 1.7.1999, C-126/97
Sentencia <i>Fallimento Olimpiclub</i>	STJ 3.9.2009, C-2/08
Sentencia <i>Ferreira da Silva e Brito y otros</i>	STJ 9.9.2015, C-160/14
Sentencia <i>Finanmadrid EFC</i>	STJ 18.2.2016, C-49/14
Sentencia <i>Francoovich y otros</i>	STJ 19.11.1991, C-6/90 y C-9/90
Sentencia <i>Freiburger Kommunalbauten</i>	STJ 1.4.2004, C-237/02
Sentencia <i>Grzelczyk</i>	STJ 20.9.2001, C-184/99
Sentencia <i>Gutiérrez Naranjo y otros</i>	STJ 21.12.2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15
Sentencia <i>Haim</i>	STJ 4.7.2000, C-424/97
Sentencia <i>Impresa Pizzarotti</i>	STJ 10.7.2014, C-213/13
Sentencia <i>Intermodal Transports</i>	STJ 15.9.2005, C-495/03
Sentencia <i>Invitel</i>	STJ 26.4.2012, C-472/10
Sentencia <i>Jörös</i>	STJ 30.5.2013, C-397/11
Sentencia <i>Kalinchev</i>	STJ 3.6.2010, C-2/09
Sentencia <i>Kapferer</i>	STJ 16.3.2006, C-234/04
Sentencia <i>Kásler y Káslerné Rábai</i>	STJ 30.4.2014, C-26/13
Sentencia <i>Kempter</i>	STJ 12.2.2008, C-2/06
Sentencia <i>Köbler</i>	STJ 30.9.2003, C-224/01
Sentencia <i>Kušionová</i>	STJ 10.9.2014, C-34/13
Sentencia <i>Larsy</i>	STJ 28.6.2001, C-118/00
Sentencia <i>LCL Le Crédit Lyonnais</i>	STJ 27.3.2014, C-565/12
Sentencia <i>Legros y otros</i>	STJ 16.7.1992, C-163/90

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Sentencia <i>Marleasing</i>	STJ 13.11.1990, C-106/89
Sentencia <i>Matei</i>	STJ 26.2.2015, C-143/13
Sentencia <i>Mostaza Claro</i>	STJ 26.10.2006, C-168/05
Sentencia <i>Océano Grupo Editorial</i>	STJ 27.6.2000, C-240/98 a C-244/98
Sentencia <i>Otis y otros</i>	STJ 6.11.2012, C-199/11
Sentencia <i>Pannon GSM</i>	STJ 4.6.2009, C-243/08
Sentencia <i>Pereničová y Perenič</i>	STJ 15.3.2012, C-453/10
Sentencia <i>Peterbroeck</i>	STJ 14.12.1995, C-312/93
Sentencia <i>Pfeiffer y otros</i>	STJ 5.10.2004, C-397/01 a C-403/01
Sentencia <i>Radlinger y Radlingerová</i>	STJ 21.4.2016, C-377/14
Sentencia <i>Redlihs</i>	STJ 19.7.2012, C-263/11
Sentencia <i>Richards</i>	STJ 27.4.2006, C-423/04
Sentencia <i>Roders y otros</i>	STJ 11.8.1995, C-367/93 a C-377/93
Sentencia <i>RWE Vertrieb</i>	STJ 21.3.2013, C-92/11
Sentencia <i>Samba Diouf</i>	STJ 28.7.2011, C-69/10
Sentencia <i>Sánchez Morcillo y Abril García</i>	STJ 17.7.2014, C-169/14
Sentencia <i>Sales Sinués</i>	STJ 14.4.2016, C-381/14 y C-385/14
Sentencia <i>Sürül</i>	STJ 4.5.1999, C-262/96
Sentencia <i>Târșia</i>	STJ 6.10.2015, C-69/14
Sentencia <i>Tomášová</i>	STJ 28.7.2016, C-168/15
Sentencia <i>Traghetti del Mediterraneo</i>	STJ 13.6.2006, C-173/03
Sentencia <i>Transportes Urbanos y Servicios Generales</i>	STJ 26.1.2010, C-118/08
Sentencia <i>Ullens de Schooten</i>	STJ 25.11.2016, C-268/15
Sentencia <i>Unicaja Banco y Caixabank</i>	STJ 21.1.2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13
Sentencia <i>Van Hove</i>	STJ 23.4.2015, C-96/14
Sentencia <i>VB Pénzügyi Lízing</i>	STJ 9.11.2010, C-137/08
Sentencia <i>Von Colson y Kamann</i>	STJ 10.4.1984, 14/83
Sentencia <i>Wagner Miret</i>	STJ 16.12.1993, C-334/92
SGA	Sociedad de Gestión de Activos
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	siguientes
STC (SSTC)	Sentencia (s) del Tribunal Constitucional
STEDH (SSTEDH)	Sentencia (s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJ (SSTJ)	Sentencia (s) del Tribunal de Justicia [ <i>de las Comunidades Europeas</i> , hasta 1.12.2009; <i>de la Unión Europea</i> , a partir de tal fecha]
STS (SSTS)	Sentencia (s) del Tribunal Supremo
t.	tomo
TAE	Tasa Anual Equivalente
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (desde 1.11.1993 hasta 1.12.2009)
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (desde 1.1.1958 hasta 1.11.1993)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJ	Tribunal de Justicia (de las Comunidades Europeas, hasta 1.12.2009; de la Unión Europea, a partir de tal fecha)
TRLCI	Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo–
TRLCSF	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre–
TRLCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre–
TRLHL	Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales –aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo–
TRLITPAJD	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados –aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre–
TRLS	Texto Refundido de la Ley de Suelo –aprobado por Real Decreto 2/2008, de 20 de junio–
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977 (Reino Unido)
UCTB	Draft Unfair Contract Terms Bill (Reino Unido)
UE	Unión Europea
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (Reino Unido)
v.g.	por ejemplo
vid.	véase



## ACRÓNIMOS DE REVISTAS Y PUBLICACIONES JURÍDICAS

AC	Aranzadi Civil (Cizur Menor)
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i> (Tubinga)
AC-M	Aranzadi Civil-Mercantil (Cizur Menor)
ADC	Anuario de Derecho Civil (Madrid)
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)
Am.U.L.Rev.	<i>The American University Law Review</i> (Washington)
ASN	Academia Sevillana del Notariado (Madrid)
BCI	Boletín de Contratación Inmobiliaria (Madrid)
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia (Madrid)
CBP	<i>Commons Briefing papers</i> (House of Commons Library, Londres)
CCJC	Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil (Madrid)
CdF	Cuadernos de Formación (Madrid)
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (Madrid)
CDT	Cuadernos de Derecho Transnacional (Madrid)
CESCO	Centro de Estudios de Consumo (Univ. Castilla-La Mancha)
CLJ	<i>Cambridge Law Journal</i> (Univ. Cambridge)
CML Rev.	<i>Common Market Law Review</i> (Leiden)
Contr. e impr.	<i>Contratto e impresa</i> (Bolonía)
CSECL-WPS	<i>Centre for the Study of European Contract Law, Working Papers Series</i> (Amsterdam)
DLL	Diario La Ley (Madrid)
EC	Estudios sobre Consumo (Madrid)
EL Rev.	<i>European Law Review</i> (Londres)
EPR	<i>Economic Policy Review</i> (Nueva York)
ERCL	<i>European Review of Contract Law</i> (Berlín)
ERPL	<i>European Review of Private Law</i> (La Haya)
EUI - LWP	<i>European University Institute, LAW Working Papers</i> (Florencia)

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Eur. dir. priv.	<i>Europa e diritto privato</i> (Milán)
F&D	<i>Finance &amp; Development</i> (Washington, DC)
GPR	<i>Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht</i> (Munich)
HRA	<i>Human Rights Act 1998</i> (Reino Unido)
ICCAA	Informe Comunidades Autónomas (Barcelona)
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i> (Londres)
IMFWP	<i>IMF Working Paper</i> (Washington, DC)
Ind. L.J.	<i>Indiana law journal</i> (Indianápolis)
InDret	InDret: Revista para el Análisis del Derecho (Barcelona)
J. Bus	<i>The Journal of Business</i> (Chicago)
JCP. G	<i>La Semaine juridique. Édition générale</i> (París)
JEL	<i>Journal of Economic Literature</i> (Pittsburgh)
JLE	<i>Journal of Law and Economics</i> (Chicago)
JZ	<i>JuristenZeitung</i> (Tubinga)
LQR	<i>Law Quarterly Review</i> (Londres)
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i> (Colonia)
NJCL	Nordic Journal of Commercial Law (Univ. Turku)
NUE	Noticias de la Unión Europea (Madrid)
QF	<i>Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno</i> (Milán)
QJE	<i>The Quarterly Journal of Economics</i> (Oxford)
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal (Cizur Menor)
Rass. dir. civ.	<i>Rassegna di diritto civile</i> (Nápoles)
RUE	Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación (Cizur Menor)
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid)
RCDP	Revista catalana de dret públic (Barcelona)
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil (Madrid)
RDC	Revista de Derecho Civil (Madrid)
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo (Madrid)
RDM	Revista de Derecho Mercantil (Madrid)
RdP	Revista de Derecho Patrimonial (Cizur Menor)
RDPO	Revista de Derecho Político (Madrid)
RDPR	Revista de Derecho Privado (Madrid)
REDE	Revista Española de Derecho Europeo (Pamplona)
REDUE	Revista de Derecho de la Unión Europea (Madrid)
REDUR	Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (Logroño)
Rev. Econ. Stud.	<i>The Review of Economic Studies</i> (Oxford)
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Granada)

RGD	Revista General de Derecho (Madrid)
Riv. dir. civ.	<i>Rivista di diritto civile</i> (Padua)
RTDciv.	<i>Revue Trimestrielle de droit civil</i> (París)
Sc.St.L.	<i>Scandinavian Studies in Law</i> (Estocolmo)
SPCS	Seminario Permanente de Ciencias Sociales (Univ. Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca).
Unif. L. Rev.	<i>Uniform Law Review</i> (Oxford)
U.PA.L.Rev.	<i>University of Pennsylvania Law Review</i> (Filadelfia)
ZEuP	<i>Zeitschrift für Europäisches Privatrecht</i> (Múnich)
ZIP	<i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i> (Colonia)



## CAPÍTULO 1

### INTRODUCCIÓN. VIVIENDA COMO BIEN Y COMO DERECHO

#### 1.1 BIEN DE CONSUMO Y BIEN SOCIAL: ACTUACIÓN LEGISLATIVA

La adquisición de vivienda es el acto de consumo más trascendental en la vida de los ciudadanos. Esta afirmación parte de la concepción de la *vivienda* como *bien de consumo*, como aquel capaz de satisfacer directamente una necesidad humana (en contraposición con el utilizado con fines mediatos, comerciales), cual es el desarrollo libre de la propia personalidad mediante una existencia digna. Su trascendencia, por tanto, además de económica –que la tiene y mucho para la mayoría de consumidores–, es primordialmente social; en consecuencia, no se puede igualar la vivienda a cualquier bien de consumo, pues estamos ante un *bien social*.

El Estado debe velar por sus ciudadanos en las operaciones de consumo, aunque solo fuere en pro de la expansión económica y prosperidad nacional. El nuestro pretende hacerlo mediante dos normas básicas, la *Ley de condiciones generales de la contratación* (en adelante, LCGC) y el *Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (en adelante, TRLCU). También es deber estatal promover el acceso a la vivienda como parte de las políticas sociales del país, y aquí el déficit es enorme, con un insuficiente parque de viviendas públicas para compra o alquiler subvencionado y una escasez de suelo edificable a precios asequibles.

Donde prevalece la concepción de la vivienda como activo económico, el Mercado asume el papel de portador de la racionalidad convirtiendo el espacio

en mercancía<sup>1</sup>. Se trata de una posición –indisimulada años atrás en que se alentaba el impulso promocional privado como motor de la economía española– que poco tiene en cuenta la interdependencia existente entre los distintos derechos humanos, porque tal existencia demanda una intervención estatal que queda muy matizada en el proceso de globalización económica<sup>2</sup>.

El problema no es solo que, ni antes ni tras una crisis que deja menos margen al Estado, estemos huérfanos de una política legislativa que promoció como debiera el acceso a la vivienda, sino que tampoco se percibe una voluntad política de proteger *decididamente* a quienes adquirieron viviendas cuando el crédito fluía al mismo ritmo que las promociones inmobiliarias privadas. Ciertamente es que desde que fuera evidente la alarma social, generada por la imposibilidad –fáctica o potencial– de muchas familias de hacer frente a los préstamos hipotecarios con que financiaron la adquisición de sus viviendas, se fueron adoptando medidas legislativas encaminadas a prevenir o evitar el impago<sup>3</sup>, pero para quienes la insolvencia resultara inevitable no hubo medida tajante que *voluntariamente* se tomara en aras de frenar la exclusión social que conlleva la pérdida de la vivienda –en un contexto nacional que difiere de otros, como el inglés, donde la privación de la vivienda del deudor hipotecario es el último medio al que recurre el acreedor para satisfacer

<sup>1</sup> GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., «La Ciudad en Clave de Riesgo», en ROSILLO MARTÍNEZ, A. *et al.*, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, p. 455. En la misma obra, WOLKMER, A. C. («Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos»), p. 185, apunta críticamente que los principios inspiradores de la economía globalizada eximen al Estado, con su adopción, de grandes parcelas de responsabilidad, limitando al mínimo su intervención en aras de aquellos. Véase también RUBIO, D./HERRERA FLORES, J./DE CARVALHO, S. [orgs.], a Cr, Coimbral espacio en mercantilizaci3n las pretensiones particula

<sup>2</sup> Para HERRERA FLORES, J., «Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales», en Sánchez Rubio, D./Herrera Flores, J./De Carvalho, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalizaç3o: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, Porto Alegre, 2010, pp. 104-105, característico de ese proceso es un ataque frontal a los derechos sociales, provocando que la pobreza y la tiranía muten, siguiendo a FARIA, J. E. (*El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001), en ventajas comparativas para atraer inversiones y capitales. En no pocas ocasiones dicho proceso se trata de dulcificar como liberador de una ciudadanía acosada por el Leviatán hobbesiano, cuando realmente el monstruo –trayendo a colación palabras de LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», en *QF*, vol. 25, 1996, pp. 456-457; más tarde en *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015, p. 147– «carece de contundentes garras frente a quienes detentan importantes poderes sociales y económicos».

<sup>3</sup> Ya sea incidiendo en la fase pre y contractual, como las medidas introducidas por Ley 2/2009, de 31 de marzo (fijando criterios de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores y de control de su validez) y Ley 2/2011, de 4 de marzo (concesión responsable de préstamos, mediante la evaluación previa de la solvencia y facilitar al consumidor información accesible y necesaria para valorar el producto financiero); o en el desenvolvimiento del préstamo, a través de mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda, como los introducidos por Ley 41/2007, de 7 de diciembre (mediante la novación de las condiciones financieras del préstamo) y RDL 6/2012, de 9 de marzo (para personas con extraordinarias dificultades de pago), o la aprobación de una *moratoria* temporal y parcial en el pago de préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos, como la introducida por RD 1975/2008, de 28 de noviembre, cuyas condiciones se flexibilizaron después por RD 29/2009, de 6 de febrero. Para un análisis de dicha moratoria, como mecanismo protector, *vid.* CAÑIZARES LASO, A., «Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa», en *CDJ*, n.º 1/2009, pp. 421-461.

su derecho de crédito<sup>4</sup>–, habida cuenta de que ello implicaba en buena parte acometer una reforma sustancial del sistema español de ejecución hipotecaria.

En vez de esto, se pretendió tapar temporalmente la herida con iniciativas que se centraron en un grupo reducido de ciudadanos, como la suspensión por dos años de los desalojos forzados de familias en situación de extrema necesidad (RDL 27/2012, de 15 de noviembre), al mismo tiempo que el Gobierno, invocando el interés general estatal, cegaba de facto el intento autonómico andaluz de paliar tal situación mediante Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril<sup>5</sup>, al recurrirlo de inconstitucionalidad, con correlativa suspensión de su vigencia acordada por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) –en virtud del artículo 161.2 de la Constitución Española (en adelante, CE)–, que terminó declarándolo parcialmente inconstitucional en STC 93/2015, de 14 de mayo, resolución que contó con voto particular del Magistrado J.A. XIOL RÍOS.

La pretensión autonómica andaluza era alumbrar una nueva *causa expropriandi* por incumplimiento de la «función social de la propiedad»<sup>6</sup>, que, apareciendo recogida en el artículo 33.2 CE<sup>7</sup>, divide a la doctrina en dos posturas: una entiende que la propiedad no tiene una función social, sino que es una función social en sí misma<sup>8</sup>; otra, que se comparte, sostiene que el derecho de

<sup>4</sup> Por pura comparación de datos estadísticos que hace OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el Derecho inglés*, Valencia, 2014, p. 282, señalando también (ib.) que, a diferencia de lo aquí sucedido –al menos en las fases iniciales de la crisis económica–, los esfuerzos gubernamentales ingleses traducidos en planes diseñados para ayudar a los más débiles (como el *Support for Mortgages Interest, Homeowner Mortgage Support Scheme* y el *Mortgage Rescue Scheme*), protocolos de actuación previos al proceso de ejecución hipotecaria (*Mortgage Pre-Action Protocol from the Civil Justice Council*), guías (*Industry Guidance on arrears and possessions*) y reforma legislativa [*Mortgage Repossessions (Protection of Tenants etc) Act 2010*], al parecer evitaron que las consecuencias fueran tan dramáticas como se temía.

<sup>5</sup> *De medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda*, en *BOJA* n.º 69, de 11.4.2013.

<sup>6</sup> La expropiación por dicho incumplimiento no es algo exótico en España; de hecho, las Comunidades Autónomas regulan los diversos supuestos expropiatorios por este motivo (incumplimiento de la función social) definiendo, tanto genérica como específicamente, cada uno de ellos. Un amplio recorrido sobre la legislación nacional y autonómica en la materia puede verse en SERRANO ALBERCA, J. M., *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Cisura Menor, 2009. Lo problemático del caso andaluz era la determinación de una causa expropiatoria por desocupación de viviendas (prueba del incumplimiento de su función social, según el legislador andaluz) titularidad de personas jurídicas, ejecutantes hipotecarios, contemplando una expropiación parcial referida al uso y no al pleno dominio; para mayor detalle, vid. MARTÍN VALDIVIA, S. M., «El decreto-Ley andaluz de vivienda 6/2013, ¿romanticismo, propaganda o función social legítima?», en *RUE*, n.º 28, 2013, pp. 67-98.

<sup>7</sup> Al respecto, advierte LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «El derecho de propiedad. Una *relecto*», en *ADC*, vol. 51, 4/1998, p. 1656, y más tarde en o. cit., 2015, p. 338, que la función social de la propiedad es el único criterio que conoce nuestro Ordenamiento con eficacia delimitadora del contenido normal de la propiedad por razones de interés general, lo que es «concorde con, y su correlato necesario, el perfil de garantía institucional del artículo 33 de la CE. Si existieran otras formas de modalización global del contenido de la propiedad por dicha razón de interés general, la Constitución se debería haber manifestado expresamente».

<sup>8</sup> Vid. REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, 1994, p. 357, fundamentando su posición en la obra de RODOTÁ, S., *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad*

propiedad es protegido por la CE<sup>9</sup> tanto en su vertiente individual subjetiva como en su vertiente institucional, aun modulándose a partir de su función social, sin la cual estaríamos ante un derecho vacío o inexistente<sup>10</sup>. Debates aparte, es interesante constatar cómo desde la propuesta duguitiana de superación de la concepción liberal clásica de propiedad<sup>11</sup> se ha ido avanzando inexorablemente hacia la satisfacción personal de necesidades complejas que se alejan de una base material concreta, tiempo en que el dominio sobre los bienes corporales va dejando paso a una realidad más interconectada socialmente, a unos intereses más ligados colectivamente<sup>12</sup>.

Tuvo que ser una sentencia del Tribunal de Justicia (en adelante, TJ), de fecha 14.3.2013, *Aziz*, C-415/11 (en adelante, Sentencia *Aziz*), la que *forzara* un cambio legislativo que no estaba en la agenda estatal, misma resolución que invocó el referido Decreto-ley andaluz como acicate de la actuación autonómica<sup>13</sup>.

El forzado cambio legislativo, operado por Ley 1/2013, de 14 de mayo<sup>14</sup> (en adelante, Ley 1/2013), afectó, aunque no en igual medida, a los *dos pilares* de nuestro sistema de ejecución hipotecaria: por un lado, la existencia de un doble aseguramiento, real y personal, en la recuperación del crédito; por otro,

*privada*, trad. Díez-Picazo y Ponce de León, L., Madrid, 1986; Muñoz Guijosa, M. A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, 2009, pp. 126-128.

<sup>9</sup> Sobre el tratamiento de la propiedad privada en las Constituciones, ya señaló en 1988 López y López, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, p. 21, que «*ha sido y continúa siendo uno de los grandes temas del Derecho constitucional, por el hecho de que a su alrededor giran cuestiones esenciales del consenso político sobre el que descansan las Cartas Fundamentales*».

<sup>10</sup> Vid. Colina Garea, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española*, Barcelona, 1997, pp. 355 y 480; López y López, A. M., «El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites», en Molina Navarrete, C./Monereo Pérez, J. L./Moreno Vida, M. N. (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 276.

<sup>11</sup> Aunque suele citarse a Leon Duguit como padre teórico de función social de la propiedad, justo es reconocer que su redefinición de la propiedad es ejemplo representativo de una tendencia más amplia que ya circulaba en el último tercio del siglo XIX, contexto que, en palabras de Paolo Grossi (*Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, 1986, p. 23), tenía como resultado, ya fuere mediante un iusnaturalismo postilustrado y postcodificado o en el ámbito de un más satisfactorio positivismo, el carácter indiscutible de la propiedad «*como institución social, como no abdicable punto de llegada del progreso histórico, como valor absoluto en el plano ético-social; y en consecuencia, una indisponibilidad psicológica para concebir posibles formas alternativas o para dar nacimiento, al menos, a un replanteamiento vigoroso de las formas de apropiación de bienes*».

<sup>12</sup> Díaz Gómez, M. J., «Los poderes del Estado en la conformación de la propiedad privada a la luz práctica del Tribunal europeo de derechos humanos», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, p. 330; se apunta, como ensayo que ejemplifica esta visión, la obra de Grossi, P./López y López, A. M., *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, 2013.

<sup>13</sup> En su Exposición de Motivos (I) reza que dicha sentencia «*pone en evidencia la necesidad de una actuación urgente de los poderes públicos, en sus respectivos ámbitos competenciales, dirigidos a la salvaguarda de los derechos fundamentales y estatutarios que van ligados con el uso y disfrute de la vivienda habitual*».

<sup>14</sup> *De medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, en BOE n.º 116, de 15.5.2013.

el cauce de un proceso sumario con causas de oposición muy tasadas –más que en la ejecución ordinaria–, remitiendo la ley para defender cualquier otra a un proceso distinto, de naturaleza declarativa, sin efecto suspensivo sobre el ejecutivo en curso. Procede un análisis a continuación.

*Primer pilar. Responsabilidad patrimonial universal y dación en pago*

En cuanto al primero de los pilares apuntados, supone que, si bien la ejecución hipotecaria se dirige directa y exclusivamente contra el bien hipotecado –garantía real–, en caso de que su realización forzosa fuera insuficiente para cubrir el crédito del ejecutante, este puede dirigirse contra todo el patrimonio del deudor –personalmente responsable– vía ejecución ordinaria, para cobrar la cantidad que faltare, conforme al artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Esto es consecuencia del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el artículo 1911 del Código Civil (en adelante, CC), que no se ve alterado por constituirse una hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación<sup>15</sup>. El acreedor ejecutante puede adjudicarse en pago el bien subastado por un porcentaje del valor, ya sea a causa de quedar desierta la subasta<sup>16</sup>, ya porque, aun existiendo licitadores, la mejor postura fuera superior al 70% del valor de salida pero sin ofrecimiento de pago al contado<sup>17</sup>, o bien fuera inferior y el ejecutado no presentara en plazo un tercer comprador que superase la mejor postura<sup>18</sup>.

El problema surge cuando en la escritura de hipoteca se consigna un valor del bien a efectos de eventual subasta, inferior a la tasación que en su día se hizo para conceder el préstamo, de manera que cuando el bien salga a subasta no haya postores (lo que viene ocurriendo por las circunstancias económicas, la poca demanda inmobiliaria y la caída de los precios en el sector) y el ejecutante se lo adjudique. Así, el deudor perdería el inmueble y, además, seguiría respondiendo personalmente de la parte de la deuda no cubierta con el produc-

---

<sup>15</sup> Como se encarga de recordar el artículo 105 Ley Hipotecaria, al establecer que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil».

<sup>16</sup> Artículo 671 LEC, que hasta 2011 preveía en tal caso una adjudicación por el 50% del valor de tasación del inmueble, ya fuere vivienda habitual o no, porcentaje después elevado al 60% por RDL 8/2011, de 1 de julio, como otra medida anticrisis. Esta disposición volvió a cambiar vía Ley 1/2013: *vid. infra* n. 25.

<sup>17</sup> Artículo 670.3 LEC, que contempla la posibilidad de que, en tal caso, el ejecutante se adjudique el bien por el 70% del valor de salida.

<sup>18</sup> Artículo 670.4 LEC, que establece que si la mejor postura es inferior al 70% del valor de salida sin presentarse tercero que la mejore, el ejecutante podrá adjudicarse el bien por el 70% de dicho valor, aunque (medida introducida por RDL 8/2011, de 1 de julio) nunca por un precio inferior al 60% del valor de tasación.

to de la ejecución hipotecaria, y ello cuando creía que tal inmueble valía lo que en su día marcó el tasador enviado por la entidad crediticia con carácter previo a la concesión del préstamo.

Nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) señaló que no se puede considerar conducta abusiva la del acreedor que usa en defensa de sus derechos facultades que le concede la ley, concretada en la reclamación de la diferencia entre el total de su crédito por el que ejecutó y el importe por el que se adjudicó<sup>19</sup>. Empero ello no impidió a la Secc. 2.<sup>a</sup> de la AP Navarra, por auto de 17.2.2010, desestimar la apelación interpuesta contra el AJPII n.º 2 de Estella de 13.11.2009 que denegó la continuación por ejecución ordinaria vía insuficiencia del valor obtenido mediante la adjudicación por el banco de finca hipotecada para la satisfacción de la deuda.

Este pronunciamiento –que dio lugar incluso a un incidente de nulidad<sup>20</sup>– fue recogido por la población como un respaldo judicial a la figura de la *dación en pago* como solución factible a la imposibilidad de hacer frente a las cuotas hipotecarias<sup>21</sup>, ya que los medios de comunicación no tardaron en vender la noticia como la admisión judicial a que, en una ejecución hipotecaria, la deuda garantizada quedara totalmente extinguida con la adjudicación del bien hipotecado. Sin embargo, la propia AP Navarra se encargó de rebajar los ánimos, cuando su Secc. 3.<sup>a</sup> dictó auto de 28.1.2011 que fallaba en sentido totalmente opuesto al de la Secc. 2.<sup>a</sup>, precisamente sobre la base (FJ 6.º) de la doctrina del Tribunal Supremo antes apuntada. Sea como fuere, el caldo de cultivo ya estaba ahí, y a medida que empeoraba la situación económica del país mayor era el clamor popular para la instauración de la *dación en pago*

<sup>19</sup> Por todas, STS 25.9.2008, FJ 3.º

<sup>20</sup> En efecto, el banco alegó vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por entender que el AAP había incurrido en una interpretación irrazonable y arbitraria, a lo que la AP respondió, en auto de 16.3.2011, que su resolución había abierto un debate social y doctrinal, con posturas a favor y en contra, pero no había tildado, ni una ni otras de irrazonables o arbitrarias, y que «no parece irrazonable o arbitrario mantener, que si el banco se queda con un inmueble, que él mismo valora en una cantidad superior al principal del préstamo, al menos en dicha parte del crédito está resarcido» (FJ 2.º).

<sup>21</sup> Al respecto *vid.* JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *RCDI*, n.º 724, 2011, pp. 1159-1181; ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual*, Valencia, 2012; DÍAZ FRAILE, J. M., «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *RCDI*, n.º 732, 2012, pp. 1845-1905; BELINCHÓN ROMO, M. R., *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012; GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior», en *AC-M*, n.º 10/2013, BIB 2013/59; ARELLANO GÓMEZ, F. J., «La dación en pago imperativa como una alternativa viable, no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 51-93; PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas», en *RdP* n.º 39, 2016, BIB 2016/670.

como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria. Esto dio origen a una Iniciativa Legislativa Popular<sup>22</sup> sobre la dación en pago con efecto retroactivo<sup>23</sup>, que el poder político hegemónico se encargó de tumbar<sup>24</sup>.

Ante esta situación, la Ley 1/2013 introdujo modificaciones significativas. Por un lado, reformó determinados preceptos de la LEC a fin de garantizar que, en caso de insuficiencia de la ejecución hipotecaria para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, se redujese al máximo la deuda remanente, con especial consideración a la vivienda habitual<sup>25</sup>. Por otro lado, como gran novedad, se «limitó» por primera vez la responsabilidad patrimonial universal del deudor, previéndose, en supuesto de adjudicación de la vivienda habitual con remate insuficiente, que el deudor pudiera liberarse de la totalidad de la deuda pendiente pagando el 65% en cinco años o el 80% en diez años<sup>26</sup>. Por tanto, aunque dicha ley no trajera consigo la reclamada supresión de la responsabilidad patrimonial universal por vía de la dación en pago, al menos sentó las bases para limitar tal responsabilidad y procurar alguna consoliación al consumidor ejecutado que no viera la deuda saldada con la adjudicación de su vivienda.

---

<sup>22</sup> Promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, n.º de expediente 120/000019, en *BOCG*, Congreso, Serie B. Núm. 102-1, de 21.12.12, pp. 1-3.

<sup>23</sup> El artículo 1 de la iniciativa contemplaba, por un lado, la adición de un apartado 4 al artículo 693 LEC, del tenor siguiente: «*Si el bien ejecutado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá comparecer con anterioridad a la celebración de la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. En este caso, el Tribunal dictará resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma con los intereses y costas*»; por otro lado, una nueva redacción del artículo 579 LEC, que *in fine* cegaba la posibilidad de iniciar la ejecución ordinaria en caso de que el bien ejecutado fuera la vivienda habitual del deudor. La aplicación de estas disposiciones se pretendía con efecto retroactivo en los procesos de ejecución hipotecaria de vivienda habitual (art. 3 iniciativa).

<sup>24</sup> La iniciativa fue incluida en el Orden del día del Pleno del Congreso del 12.2.2013 para debate de su toma en consideración, que fue aprobada prácticamente por unanimidad. Por acuerdo subsiguiente a dicha toma, la Mesa de la Cámara encomendar su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, a la Comisión de Economía y Competitividad, así como la apertura de plazo para la presentación de enmiendas. Ninguna hubo a la totalidad del texto de la iniciativa, pero el grupo mayoritario de la Cámara, el Grupo Parlamentario Popular, presentó enmiendas a todos sus artículos, de forma que la iniciativa quedaba así vacía de su contenido original, con idea de que se tramitara conjuntamente y se refundiera con el Proyecto de ley procedente del antes citado RDL 27/2012, eludiendo así su debate separado al de dicho Proyecto, que terminaría alumbrando la Ley 1/2013.

<sup>25</sup> Así, se exige ahora que el valor de tasación del bien hipotecado no pueda ser nunca inferior al 75% del valor para mercado hipotecario (art. 682.2.2.ª); se reduce el depósito mínimo para concurrir a subasta del 20% al 5% (art. 647.1.3.ª), y se fija la adjudicación del bien al ejecutante, en caso de subasta desierta, cuando se trate de vivienda habitual del ejecutado, en el 70% del valor de salida o 60% si lo que se debe es inferior al 70% (art. 671, que en caso de no ser vivienda habitual prevé la adjudicación en el 50%).

<sup>26</sup> Nuevo aptdo. 2 del artículo 579 LEC. En cuanto a su aptdo. 1, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, introdujo una modificación para que la transición de la ejecución hipotecaria a la ordinaria pasara por la solicitud del despacho de la ejecución y por tanto la posibilidad de oponer las causas previstas para los títulos extrajudiciales, no como era hasta entonces en que directamente se pasaba al embargo de bienes.

Posteriormente, la conocida como «Ley de segunda oportunidad»<sup>27</sup>, introdujo medidas destinadas a modular el rigor aplicativo del artículo 1911 CC para los deudores –de buena fe– personas físicas, en una suerte de equiparación a las sociedades de capital, facilitándoles daciones en pago –con/sin acuerdo extrajudicial– *selectivas*, tanto que infelizmente no son exonerables las deudas con más peso (públicas en todo caso y las hipotecarias salvo excepciones), amén de que las exoneradas quedan sujetas a revocación. Destacar que la Comisión Europea presentó en fecha 22.11.2016 una interesante Propuesta de Directiva sobre reestructuración y segunda oportunidad<sup>28</sup>, que si bien no incluye normas vinculantes respecto al sobreseendamiento de los consumidores –dedica el Título III al régimen de segunda oportunidad para personas físicas empresarios–, admite (Cdo. 15) que a menudo es imposible establecer una clara distinción entre las deudas contraídas por el emprendedor como consumidor y las puramente comerciales, de ahí la previsión (art. 1.3) de que los Estados puedan extender la aplicación de los mecanismos de segunda oportunidad contemplados por la Propuesta a las personas físicas en situación de sobreseendamiento que no sean empresarios, bajo el correcto entendimiento de que carecería de efectividad un régimen de segunda oportunidad en que el deudor tuviera que pasar por procedimientos separados, con diferentes condiciones de acceso, para solventar sus deudas comerciales y las personales no comerciales.

Resulta interesante constatar que el legislador español se «adelantó» en cierto modo –insuficiente– a las previsiones contenidas en la *Directiva 2014/17/UE sobre crédito con consumidores para inmuebles de uso residencial*<sup>29</sup> (en adelante, Directiva 2014/17), que en su artículo 28, de rúbrica *demoras y ejecución hipotecaria*, impone a los Estados miembros la promoción y

---

<sup>27</sup> RDL 1/2015, de 27 de febrero, luego Ley 25/2015, de 28 de julio, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*; resp. BOE n.º 51, 28.2.2015, y n.º 180, 29.7.2015.

<sup>28</sup> *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventing restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU*, COM(2016) 723 final. Cuando se escriben estas líneas, al texto propuesto le queda por delante la correspondiente negociación; el artículo 34 de la Propuesta sugiere un plazo de transposición de dos años (tres para implementar las disposiciones del Título IV) desde la entrada en vigor de la futura directiva. Para un análisis de la Propuesta, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», *id.* «(II): Moratoria preconcursal», e *id.* «(III): El acuerdo o plan de reestructuración», en *Almacén de Derecho*, 29.11.2016, 11.12.2016 y 20.12.2016, resp. (<http://almacenederecho.org>).

<sup>29</sup> Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento n.º 1093/2010», en *DO L 60*, de 28.2.2014, pp. 34-85.

adopción de medidas que alienten a los prestamistas a mostrarse «razonablemente tolerantes» antes de iniciar la ejecución, y que protejan al consumidor que no salde su deuda al término de la ejecución hipotecaria, facilitándole el reembolso del crédito y la obtención del mejor precio por su propiedad adjudicada<sup>30</sup>.

Habiéndose sobrepasado el plazo oficial para transponer dicha Directiva (finalizó el 21.3.2016), cuando se escriben estas líneas solo nos alumbraba, a nivel estatal, un Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>31</sup>, estando por ver cómo se articulan esas medidas tuitivas del consumidor hipotecado, pues la norma europea se limita a imponer su adopción sin establecer ningún tipo de criterio al respecto. Frente a la demora del legislador estatal, Cataluña, mediante la *Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo*, y Andalucía, con la *Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda*, acometieron una *sui generis* «transposición parcial» de la Directiva 2014/17<sup>32</sup>, promoviendo ambas leyes autonómicas sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos por préstamos hipotecarios que afecten a la vivienda del consumidor<sup>33</sup>.

Lo que está claro es que el legislador español no se verá obligado a extender las medidas estatales implementadas hasta el punto de sentar una decidida

<sup>30</sup> Aptdos. 1, 5 e *in fine* del artículo 28 Directiva 2014/17.

<sup>31</sup> Publicado en *BOCG*, Congreso, Serie A, Núm. 12-1, de 17.11.2017, pp. 1-41.

<sup>32</sup> Ambas leyes tienen por objeto garantizar la transparencia en la información que les debe facilitar a los consumidores en la suscripción de préstamos hipotecarios sobre vivienda (sea habitual o no en el caso de la Ley 3/2016) que se celebren en la respectiva Comunidad Autónoma, ajustándose a lo dispuesto por la Directiva 2014/17 según reza el Preámbulo de ambas leyes, aunque van más allá, v.g. protegiendo no sólo a los prestatarios sino también a los garantes (art. 261-2.2 Ley 20/2014 y art. 2.1 Ley 3/2016), haciendo preceptiva la entrega de un *índice de documentación* (IDEP) ex artículo 8 Ley 3/2016, etc. Para un análisis de la ley catalana *vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña», y de la andaluza *vid.* MARTÍN FABÁ, J. M. «¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio»; sendos trabajos en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 13/2015, pp. 45-53, y n.º 19/2016, pp. 178-204, respectivamente.

<sup>33</sup> *Vid.* artículo 17 Ley 3/2016, así como artículos 131-3 y 132-4 *Codi de consum*, añadidos por artículos 7 y 8 Ley 20/2014. Este último (cuyo aptdo. 3 obliga a una mediación previa a la demanda, que cabe interponer a falta de acuerdo en los tres meses siguientes a iniciarse aquella) fue objeto, junto con otros preceptos de la Ley 20/2014, de recurso de inconstitucionalidad (n.º 5459-2015, promovido por el Presidente del Gobierno), no obstante se levantó la suspensión de la vigencia de este artículo 8 por ATC –Pleno– de 12.4.2016.

protección *ex ante* porque, pese a lo mucho que se esperaba de esa Directiva, finalmente, en cuanto a la dación en pago, tan solo prevé la prohibición de que los Estados miembros la excluyan legalmente<sup>34</sup>. En definitiva, el decálogo de buenas intenciones a que se confine el artículo 28 Directiva 2014/17 permitirá mantener el *statu quo*, pues, como la práctica demuestra, el inmovilismo del legislador español solo parece ceder vía Unión Europea, sea por resoluciones judiciales o directivas.

### *Segundo pilar. Dudas de inconstitucionalidad y obligada reforma*

Por si quedaba duda de lo último que hemos dicho, es en este segundo pilar donde mayor esfuerzo se notó por parte del legislador, y ello porque se sintió obligado a moldearlo al son del fallo del Tribunal de Justicia en su Sentencia *Aziz*, donde quedara expuesta una obviedad: que el sistema español de ejecución hipotecaria, al menos en su segundo pilar, vulneraba la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores<sup>35</sup> (en adelante, Directiva 93/13).

Como explicaremos más adelante<sup>36</sup>, dicha sentencia no llegó a reprochar expresamente nuestro régimen procesal por no prever el control de abusividad en sede de ejecución hipotecaria, ya fuere de oficio o a instancia de parte (lo que sí haría *ratio dicendi* el Tribunal de Justicia en su posterior Auto de 14.11.2013, *Banco Popular Español y Banco de Valencia*<sup>37</sup>); sino por ofrecer al consumidor tan solo una protección ulterior –a través del proceso declarativo al que remite el artículo 698 LEC para efectuar cualquier alegación no comprendida en las causas del artículo 695 LEC– incompleta e insuficiente, pues no tendría opción de impedir la subasta y consiguiente pérdida de su vivienda (la reclamación que formulase el deudor *extra* ejecución ni suspende esta ni la puede entorpecer), debiendo contentarse a lo sumo con una indemnización.

Aunque el fallo del Tribunal de Justicia no conminara *stricto sensu* a dar entrada a la abusividad como motivo de oposición a la ejecución, con tal sen-

---

<sup>34</sup> El artículo 28.4 Directiva 2014/17 lo expresa así: «Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito».

<sup>35</sup> «Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en *DO L* 95, de 21.4.1993, pp. 29-34.

<sup>36</sup> Remitimos al epígrafe 3.1.1 *in fine*, así como al 3.1.2 para la adaptación de nuestra legislación procesal en relación con el control de oficio del carácter abusivo.

<sup>37</sup> Asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13; en adelante, Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*.

tencia quedó patente esa carencia protectora, así que el legislador tomó por fin la iniciativa, optando por dicha vía. Prefirió ampliar, por medio de la Ley 1/2013, el elenco de causas de oposición con ese nuevo motivo (tanto en ejecución hipotecaria como ordinaria de títulos no judiciales<sup>38</sup>), que modificar el artículo 698.1 LEC para permitir la suspensión de la ejecución mientras se comprobara en sede declarativa la eventual abusividad aquí alegada y, en su caso, la nulidad de lo allí actuado, que era la otra opción que aparentemente –sin contar con la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el examen de abusividad *ex officio*– podría haber tomado.

Con esta reforma se hizo tambalear el segundo pilar del sistema de ejecución hipotecaria, caracterizado por la sumariedad del procedimiento y la ausencia de contradicción fuera del inexpugnable y limitadísimo elenco de motivos de oposición, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el Derecho inglés, donde el deudor hipotecario puede emplear prácticamente todos los medios de defensa que estime convenientes en el proceso ejecutivo<sup>39</sup>.

Esas particularidades encontraban su justificación en el hecho de que el nuestro es un procedimiento de base registral, basado en los pronunciamientos de los asientos del Registro de la Propiedad y en la legitimación registral, que a su vez requiere previa calificación; así, el procedimiento de ejecución hipotecaria se basa en la presunción de que el derecho de hipoteca pertenece a su titular (el acreedor hipotecario) en la forma que resulta del Registro, pudiéndose ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca, en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del propio Registro<sup>40</sup>. La especialidad de este procedimiento, sentada sobre la base antedicha, ha soportado *dudas de inconstitucionalidad* por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo descartadas por el Tribunal Constitucional, que reiteradamente ha venido considerando que el

---

<sup>38</sup> En efecto, tras la reforma operada por Ley 1/2013, el consumidor puede ahora alegar, como oposición a la ejecución hipotecaria, «*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*» (art. 695.1.4.ª LEC); formulada esta oposición, se suspenderá la ejecución (al igual que ocurre con las restantes causas, art. 695.2 LEC) y de estimarse se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula la fundamente, o, en otro caso, la continuación de la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (nuevo pfo. II del art. 695.3 LEC). En sede ordinaria también se ha añadido una nueva causa de oposición a la ejecución fundada en título no judicial, y así el artículo 557.1 LEC prevé ahora la alegación de que «*el título contenga cláusulas abusivas*» (causa 7.ª), lo cual suspenderá la ejecución en curso, como en las demás causas de oposición de fondo –con excepción de la pluspetición– a la ejecución ordinaria de título extrajudicial (art. 557.2 LEC).

<sup>39</sup> Como advierte OLIVA, 2014a, p. 214, que en pp. ss. hace un análisis de tales (re)medios.

<sup>40</sup> DÍAZ FRAILE, *op. cit.*, p. 1868.

sistema tasado de motivos de oposición y la correlativa ausencia de contradicción en su seno no suponía limitación de los medios de defensa del ejecutado que produjera indefensión, negando la conculcación de derechos constitucionales porque esa especial naturaleza se fundamentaba en la posibilidad de que los afectados acudieran a un ulterior declarativo para resolver sus diferencias <sup>41</sup>.

Tuvo que ser una resolución del Tribunal de Justicia la que propiciara una reforma que deja en evidencia a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Ahora bien, la propia ley que trajo esa reforma *fue cuestionada por dos vías*: la primera desde el punto de vista constitucional, de una parte, por el Grupo Parlamentario Socialista, que en fecha 16.8.2013 presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013, por entender así viciada su tramitación <sup>42</sup>, su articulado (arts. 1, 3.3, 7 Uno y 8 Dos), DA 1.<sup>a</sup> y DDTT 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> De otra parte, por el JPI n.º 3 Carlet, que por auto de 21.2.2014 planteó cuestión de inconstitucionalidad contra la DT 4.<sup>a</sup> Ley 1/2013 alegando vulneración del principio de defensa *ex* artículo 24 CE, que fue inadmitida al no superar el juicio de relevancia preciso, teniendo en cuenta que el JPI ya había aplicado la disposición cuestionada (ATC 22.7.2014, FJ 3.º).

La segunda vía de reproche a dicha Ley fue por medio de cuestiones prejudiciales europeas, contra sus *Disposiciones Transitorias*: i) *Segunda*, reguladora del régimen transitorio respecto a los intereses moratorios de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual <sup>43</sup>, por entender que no debía permitirse al ejecutante recalcular su importe para que no supere el nuevo límite legal, pues

---

<sup>41</sup> Desde la anterior LEC (1881), el TC sostenía que en ese proceso ulterior se salvaguardaba el derecho a la tutela judicial efectiva y demás comprometidos, así, i.a., SSTC 18.6.1981, FJ 5.º; 17.1.1991, FJ 2.º; 30.6.1993, FJ 2.º; 2.10.1997, FJ 6.º; doctrina reiterada con la vigente LEC, antes de Ley 1/2013, en ATC 19.7.2011 (FJ 4.º), a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por AJPI n.º 2 Sabadell, de 30.9.2010, en relación a los artículos 579, 695 y 698 LEC, por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 CE), derecho a la vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y principio de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

<sup>42</sup> Como ya adelantamos (*vid. supra* n. 24) el texto de la Iniciativa Legislativa Popular no fue como tal debatido en el Congreso, más allá del debate de toma en consideración, pues la refundición de ese texto con el Proyecto de ley procedente del RDL 27/2012 supuso la desaparición *de facto* de dicha iniciativa. Para el Grupo Parlamentario Socialista se desvirtuó así el procedimiento parlamentario al que la proposición promovida por dicha Iniciativa debía haber sido sometida, vulnerando el artículo 87.3 CE, que reconoce la iniciativa legislativa popular como iniciativa legislativa ante las Cortes Generales, así como el artículo 23 CE, aptdo. 1, esto es, el *derecho de participación política de los ciudadanos*, y aptdo. 2, que consagra su derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

<sup>43</sup> Establece que «en los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior», esto es, el nuevo límite a los intereses moratorios en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, que, confor-

se dijo que ello supondría *de facto* la moderación de una cláusula de interés de demora que pudiera ser nula por abusiva, contra su pura y simple erradicación conforme a la jurisprudencia que interpreta la Directiva 93/13<sup>44</sup>, cuestión que trataremos en epígrafe 4.4.3. A. II; ii) *DT Cuarta*, que para las ejecuciones en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 prevé un plazo preclusivo de un mes para oponer la existencia de cláusulas abusivas, por entenderla contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia sobre el control de abusividad que trasciende de la preclusión<sup>45</sup>, *ergo* merma de la protección dispensada por la Directiva 93/13 como así lo ha apreciado dicho Tribunal<sup>46</sup>, según detallaremos después en epígrafe 3.1.2. B.

En relación con el cuestionamiento vía europea, téngase presente que si bien las competencias sobre vivienda corresponden a los Estados miembros de la Unión, esta ha incidido en la materia a través de algunas competencias indirectas, como por ejemplo la protección de los consumidores, cobertura con la cual se han aprobado directivas que permiten tutelar derechos habitacionales y residenciales<sup>47</sup>, como la Directiva 2014/17 o, de forma más general, como la Directiva 93/13, que en su afán de lograr la supresión de cláusulas abusivas otorga una protección transversal en la contratación con consumidores. Para los que pretenden acceder a una vivienda es fundamental dicha protección, ya sea ante el empresario promotor con quien contrata su adquisición, ya ante la entidad crediticia a que ha de acudir para financiarla; en ambos casos *antes* y *durante* la contratación y, de no evitarse el abuso, también de forma *postcontractual* ejercitando la tutela judicial, con la particularidad de que lo que aquí está en juego no es solo el derecho del propio consumidor a exigir un reequilibrio (vía eliminación de la abusividad) entre sus derechos y obligaciones contractuales y los del profesional, sino además un derecho que trasciende dicha exigencia, concretado en el respeto a un bien *social* cuya eventual pérdida afecta al ciudadano y su familia.

---

me al añadido (por art. 3.2 Ley 1/2013) párrafo III del artículo 114 LH, no pueden superar el triple del interés legal del dinero.

<sup>44</sup> Concretamente su artículo 6.1, SSTJ de 14.6.2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (en adelante, Sentencia *Banco Español de Crédito*), aptdo. 73, y de 30.5.2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11 (en adelante, Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*), aptdo. 60. Daremos cuenta *in extenso* de esta doctrina en epígrafe 3.2.2. C. I.

<sup>45</sup> STJ 21.11.2002, *Cofidis*, C-473/00 (en adelante, Sentencia *Cofidis*), aptdo. 38. Sobre el particular remitimos a los epígrafes 3.1.1. A y 3.1.2. B.

<sup>46</sup> STJ 29.10.2015, *BBVA*, C-8/14 (en adelante, Sentencia *BBVA*), aptdo. 42; STJ 26.1.2017, *Banco Primus*, C-421/14 (en adelante, Sentencia *Banco Primus*), aptdo. 54.

<sup>47</sup> PISARELLO PRADOS, G., «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», en *RCDP*, n.º 38, 2009, versión electrónica (accesible en [www.rcdp.cat](http://www.rcdp.cat)), p. 4.

## 1.2 DERECHO A LA VIVIENDA: PROTECCIÓN JUDICIAL

En el contexto antes expuesto, el control de abusividad se torna prioritario ante una ejecución hipotecaria en que esté comprometida la vivienda del consumidor ejecutado, pues puede ocurrir que una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución sea abusiva, de manera que pueda verse así injustamente privado de su vivienda. No hay que perder de vista que esa eventual privación vía lanzamiento hipotecario afecta negativamente a un derecho, cual es el *derecho a la vivienda*, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce esencial y garantizado por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea<sup>48</sup> (en adelante, CDFUE), que los jueces nacionales deben tener en cuenta al aplicar la Directiva 93/13<sup>49</sup>, y en tanto que es así el Tribunal de Justicia se erige como supervisor de su cumplimiento y respeto. En este sentido, dicho Tribunal ha declarado que si bien queda a discreción de los Estados miembros la elección de las *medidas* ante determinados incumplimientos, su gravedad debe adecuarse a la gravedad de las infracciones que castigan, respetando al mismo tiempo el principio general de *proporcionalidad*<sup>50</sup>, y que en lo concerniente al carácter proporcionado de la medida es preciso prestar especial atención al hecho de que el bien objeto del procedimiento sea el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor<sup>51</sup>, pues su pérdida no solo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores<sup>52</sup>, sino que también *pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada*<sup>53</sup>.

En puridad, la CDFUE no contempla expresamente el derecho a la vivienda, sino que se refiere a esta, en su artículo 34.3, como requisito integrante de una existencia digna<sup>54</sup>, si bien es cierto que ese precepto está inspirado

---

<sup>48</sup> Tanto en su versión actual, proclamada el 12.12.2007 en Estrasburgo (2007/C 303/01, DO C 303, 14.12.2007, pp. 1-14; 2010/C 83/02, DO C 83, 30.3.2010, pp. 389-403), como en la proclamada el 7.12.2000 en Niza (2000/C 364/01, DO C 364, 18.12.2000, pp. 1-22), a la que vino a sustituir aquella desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1.12.2009).

<sup>49</sup> La STJ 10.9.2014, *Kušionová*, C-34/13 (en adelante, Sentencia *Kušionová*), en su aptdo. 65, lo expresa así: «En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un *derecho fundamental* garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13».

<sup>50</sup> STJ 26.9.2013, *Texdata Software*, C-418/11, aptdos. 50 y 51.

<sup>51</sup> Sentencia *Kušionová*, aptdo. 62.

<sup>52</sup> Sentencia *Aziz*, aptdo. 61.

<sup>53</sup> APTJ 5.6.2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14 (en adelante, APTJ *Sánchez Morcillo y Abril García*), aptdo. 11.

<sup>54</sup> Como ha aclarado el Tribunal de Justicia en Auto de 16.7.2015, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-539/14 (en adelante, Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*), aptdo. 49, el artículo 34.3 CDFUE no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE. Y el artículo 7 CDFUE no establece un

en el artículo 31 de la Carta Social Europea revisada de 1996 (en adelante, CSE)<sup>55</sup>, tratado internacional que sí proclama tal derecho<sup>56</sup> de forma explícita, cosa que no hace en cambio su más conocido instrumento hermano, el «Convenio Europeo de Derechos Humanos» (en adelante, CEDH)<sup>57</sup>, cuyo supervisor, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), ha protegido a pesar de ello<sup>58</sup> el derecho habitacional en razón de su conexión con otros derechos civiles clásicos<sup>59</sup>, particularmente el *derecho al respeto del domicilio*, que aparece recogido en el aptdo. 1 del artículo 8 CEDH en idénticos términos que en el artículo 7 CDFUE, esto es, como integrante del derecho

---

derecho a la vivienda, sino al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio, mas, como vimos (Sentencia *Kušionová*, aptdo. 65), se ancla su garantía en tal precepto.

<sup>55</sup> Obra del Consejo de Europa (Estrasburgo, 3.5.1996, ETS n.º 163), aún no ratificada por España, lo cual sí hizo respecto a su versión original (Turín, 18.10.1961, ETS n.º 035). El estado de las ratificaciones y el propio texto de la Carta, original y revisada, son accesibles en [www.coe.int](http://www.coe.int). Para un análisis de la CSE y su peculiar mecanismo de adhesión, *vid.* «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», de BELORGEY, J.-M., antiguo presidente (2003-2006) del *Comité Europeo de Derechos Sociales* (en adelante, CEDS), en *RDPO*, n.º 70, 2007, pp. 349-377; y en particular sobre el derecho a la vivienda, GUIGLIA, G., «El derecho a la vivienda en la Carta Social: a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales», en *RDPO*, n.º 82, 2011, pp. 543-578.

<sup>56</sup> Además de prever, como tarea del *órgano de control* de la CSE, esto es, el CEDS, un procedimiento cuasi jurisdiccional de tutela de los derechos sociales de los ciudadanos. Así, respecto al alcance del artículo 31 y su conexión con el art. 16 CSE –protección de la familia–, *vid.* decisiones del CEDS (accesibles en [www.coe.int](http://www.coe.int)) en los casos *ERRC c. Grecia*, 15/03, aptdo. 24; *ERRC c. Bulgaria*, 31/05, apartado 16; *International Movement ATD Fourth World c. Francia*, 33/06, aptdo. 158; que confirman que el artículo 16 CSE transforma el derecho a la vivienda de todo individuo de modo que lo convierte en un derecho de familia que debe protegerse en el plano jurídico, económico y social.

<sup>57</sup> Comúnmente así se denomina al *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, cuyo texto original (Roma, 4.11.1950, ETS n.º 005) ha sido desarrollado, modificado y completado por diversos protocolos –ratificados por España sucesivamente desde 1979–; su texto refundido, cuya última versión, que incluye modificaciones operadas por el Protocolo n.º 14 (Estrasburgo, 13.5.2004, CETS n.º 194) a partir de su entrada en vigor (1.6.2010), es accesible en [www.coe.int](http://www.coe.int). Al igual que la Carta Social Europea, el CEDH es obra del Consejo de Europa, de hecho fue su «primogénito» y esto se nota en la Carta, que constituye, en el terreno de los derechos sociales, una prolongación del CEDH; como apunta BELORGEY (*op. cit.*, p. 352) algunos de los artículos de la Carta se hacen eco de enunciados que son muy próximos a los que figuran en el CEDH, y otros tienen, cuando menos, el mismo objeto que ciertos preceptos del Convenio, si bien existe una diferencia esencial entre estos instrumentos hermanos, cual es su distinto ámbito subjetivo de aplicación –el CEDH a toda persona bajo la jurisdicción de los Estados partes, la CSE a los nacionales de tales Estados que se encuentren en situación de estancia o trabajo regular–, diferencia sin embargo matizada por el CEDS (caso *FIDH c. Francia*, 14/03).

<sup>58</sup> Y a pesar también de que el propio TEDH no sea proclive a hacerse cargo por sistema de la tutela de los *derechos sociales*, prueba de ello son sus decisiones sobre las demandas 40772/98 (*Pančenko c. Letonia*, 28.10.1999) y 42197/98 (*Salveti c. Italia*, 9.7.2002), que alegando violaciones de tales derechos no pasaron el filtro de admisibilidad, o la STEDH 24.4.1998, *Botta c. Italia*, 21439/93, que entendió (aptdo. 35) inaplicable el artículo 8 CEDH. En este sentido, AKANDJI-KOMBE, J.-F., «Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: Quelles perspectives pour les 10 prochaines années?», en *Seminario con motivo del 10.º aniversario de la Carta revisada*, Estrasburgo, 3.5.2006 (accesible en [www.coe.int](http://www.coe.int)).

<sup>59</sup> PISARELLO, *op. cit.*, p. 3, señala v.g. los derechos recogidos en artículos 3, 6 y 8 CEDH.

al respeto de la vida privada y familiar<sup>60</sup>, precepto este último que según el Tribunal de Justicia –como vimos antes– garantiza el derecho a la vivienda.

A este respecto, el TEDH ha estimado que la *pérdida de la vivienda* es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la *proporcionalidad de dicha medida*, a la luz de los principios aplicables del artículo 8 CEDH (SSTEDH 13.5.2008, *McCann c. Reino Unido*, 19009/04, aptdo. 50; 21.6.2011, *Orlić c. Croacia*, 48833/07, aptdo. 65; 25.7.2013, *Rousk c. Suecia*, 27183/04, aptdo. 137). Téngase presente que domicilio, en el sentido del artículo 8 CEDH, es un concepto autónomo independiente de toda clasificación establecida por la legislación nacional, y que son las circunstancias del caso, concretamente la existencia de *vínculos suficientes y continuos* con un lugar concreto, las que permiten determinar si una vivienda en particular constituye un «domicilio» con respecto al cual dicho precepto es aplicable (SSTEDH 24.11.1986, *Gillow c. Reino Unido*, 9063/80, aptdo. 46; 25.9.1996, *Buckley c. Reino Unido*, 20348/92, aptdos. 52-54; 18.11.2004, *Prokopovich c. Rusia*, 58255/00, aptdo. 36).

Partiendo de esa concepción fáctica de domicilio, que trasciende incluso la consideración nacional de ocupación legal (STEDH *McCann c. Reino Unido*, antes citada, aptdo. 46), el TEDH ha entendido que las órdenes de desahucio deben ser vistas como una injerencia en el derecho al respeto del domicilio<sup>61</sup>, de manera que si los afectados alegan una violación de tal derecho –también se ha planteado por la doctrina la posible invocación de la protección de la propiedad *ex* artículo 1 Protocolo Adicional al CEDH<sup>62</sup>–, la cuestión se centra en examinar la proporcionalidad de la medida de injerencia en función de si persigue un objetivo legítimo y si es necesaria en una sociedad democrá-

---

<sup>60</sup> En efecto, el artículo 7 CDFUE reproduce lo dispuesto en el artículo 8 CEDH, con la diferencia de que no regula, como sí hace el aptdo. 2 de este último, los casos en puede haber una injerencia de los poderes públicos en el derecho a la vida privada y familiar que incluye el respeto del domicilio y sus comunicaciones.

<sup>61</sup> Son varias las sentencias en que el TEDH ha examinado la cuestión de la existencia de una injerencia en el derecho al respeto del domicilio en el contexto de la adopción de una orden de desahucio, sosteniendo la posición apuntada; además de las antes citadas, SSTEDH 9.10.2007, *Stanková c. Eslovaquia*, 7205/02, aptdo. 57; 15.1.2009, *Čosić c. Croacia*, 28261/06, aptdo. 18; 10.7.2014, *Lemo y otros c. Croacia*, 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4054/10, 4128/10, 4132/10 y 4133/10, aptdo. 35.

<sup>62</sup> París, 20.3.1952, ETS n.º 009, cuyo artículo 1 dispone que «*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional*». La cuestión sobre si cabe que el deudor hipotecario argumente que el desahucio implica, no solo una interferencia inadmisibles a su derecho a la vida privada y familiar *ex* artículo 8 CEDH, sino también una vulneración del derecho a la propiedad *ex* artículo 1 Protocolo Adicional, ha sido analizada, en relación al Derecho inglés, por OLIVA, *op. cit.*, 2014a, p. 264 y ss.

tica<sup>63</sup>, esto es, conforme al artículo 8.2 CEDH. En este sentido, aunque el artículo 8 no establece requisitos procesales precisos, es evidente que las medidas que supongan una injerencia de su disfrute deben haber sido adoptadas en el marco de un proceso de toma de decisión que sea justo y suficientemente respetuoso con los intereses protegidos por tal precepto<sup>64</sup>. Para el TEDH, si no se proporcionan garantías procesales adecuadas a los afectados, el proceso de toma de decisiones que culmina en la adopción de medidas de injerencia (desahucio, lanzamiento en nuestra ejecución hipotecaria) no puede considerarse justo ni respetuoso en el sentido antes indicado<sup>65</sup>.

De forma análoga, el Tribunal de Justicia, en relación con las consecuencias que genera para el consumidor y su familia el desalojo forzoso de la vivienda que constituya su residencia principal, ha destacado la importancia de que el juez nacional competente disponga de medios cautelares que suspendan o contrarresten un procedimiento ilícito de ejecución hipotecaria cuando la concesión de aquellos se manifieste necesaria para garantizar la efectividad de la protección pretendida por la Directiva 93/13 (Sentencia *Aziz*, aptdo. 59); precisamente nuestro sistema procesal de ejecución hipotecaria mereció el reproche del Tribunal de Justicia, por una combinación de déficits inicua para el consumidor: la imposibilidad de oponer frente a dicha ejecución la abusividad de cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, sin prever tampoco su apreciación de oficio por el juez conecedor de la ejecución, ni permitir al juez del eventual declarativo ulterior (al que se remitía para dicho examen) adoptar cautelares que aseguraran su decisión final<sup>66</sup>.

Esta protección que *desde fuera* se dispensa al derecho a la vivienda por los órganos encargados de supervisar su respeto donde este se contempla, de forma explícita o indirectamente<sup>67</sup>, contrasta con una tibieza protectora *interna* que responde a dos razones nucleares: primera, nuestro orden jurisdic-

<sup>63</sup> STEDH 22.10.2009, *Paulić c. Croacia*, 3572/06, aptdo. 40.

<sup>64</sup> SSTEDH 27.5.2004, *Connors c. Reino Unido*, 66746/01, aptdo. 83; 2.11.2006, *Giacomelli c. Italia*, 59909/00, aptdo. 82; 6.12.2007, *Maumousseau y Washington contra Francia*, 39388/05, aptdo. 62; 8.11.2011, *V. C. c. Eslovaquia*, 18968/07, aptdo. 141; 14.2.2012, *Hardy y Maile c. Reino Unido*, 31965/07, aptdo. 219

<sup>65</sup> STEDH *Lemo y otros c. Croacia*, citada *supra* (n. 61), aptdo. 45.

<sup>66</sup> Sentencia *Aziz*, aptdo. 64; Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*, aptdo. 60.

<sup>67</sup> Así, CEDS, TEDH y TJ, en CSE, CEDH y CDFUE, respectivamente. Además de los citados instrumentos y órganos de control, el derecho a la vivienda también se reconoce, a nivel internacional, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), y en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ratificado por España, BOE n.º 103, de 30.4.1977), concretamente en su artículo 11.1, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Desde que se aprobara su Protocolo Facultativo (Resolución A/RES/63/117, 10.12.2008), se estableció la competencia del Comité DESC, supervisor del cumplimiento del Pacto, para recibir y considerar denuncias de particulares, que aleguen ser

cional carece de competencias originarias para conocer directamente de posibles vulneraciones de derechos humanos *ex* CEDH –como los recogidos en su artículo 8 y artículo 1 Protocolo Adicional–, pues no hay en España una norma que, al modo de la *Human Rights Act 1998*<sup>68</sup> británica, otorgue una eficacia tuitiva inmediata<sup>69</sup> que salve la necesidad de acudir a la vía del TEDH en busca de protección. Segunda, ese derecho no se reconoce en la Carta Magna española como fundamental, sino como un principio rector, luego el derecho a la vivienda no puede tener, por sí mismo, acceso al Tribunal Constitucional.

En efecto, si bien el artículo 47 CE establece que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», su ubicación en el Capítulo III y no en el Capítulo II –ambos del Título I CE– supone el encuadre, no entre los derechos que gozan del máximo nivel de protección jurídica (los fundamentales *ex* arts. 14-29 CE) cuya tutela cabe recabar ante los tribunales ordinarios y ante el propio Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo (art. 53.2 CE), sino entre los *Principios rectores de la política económica y social*. En esta rúbrica tienen cabida, aparentemente, desde derechos sociales (como el de vivienda) a fines de interés general o mandatos al legislador, y de todos ellos sin distinción predica el artículo 53.3 CE que «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y que «*solo* podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», de donde resulta que el Capítulo III no recoge auténticos derechos sino *principios* que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos<sup>70</sup> (en este sentido, el artículo 47 CE asigna a estos la regulación del uso del suelo conforme al interés general para impedir la especulación y la garantía de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos).

---

víctimas de una violación, por Estado Parte –en el Pacto y en el Protocolo– bajo cuya jurisdicción se encuentren, de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto.

<sup>68</sup> 1998 c. 42, en adelante HRA.

<sup>69</sup> La HRA permite a los jueces británicos (*county courts* y demás tribunales) conocer de las conculcaciones del CEDH alegadas por los ciudadanos, indiscutiblemente cuando en ellas esté involucrada una entidad pública, «public authority» que, según S. 6(3)(a) HRA, incluye a «court or tribunal»; en cambio, no es pacífica la *eficacia horizontal* de la HRA –litigios entre particulares–: lo analiza, en el ámbito específico de la hipoteca, OLIVA, *op. cit.*, 2014a, pp. 274-280.

<sup>70</sup> Como reconocen las Lidas. de las Cortes Generales ABELLÁN MATE SANZ, I. M. y SIEIRA MUCIEN- TES, S., en la Sinopsis del artículo 53 CE, realizada en 2003 y actualizada en 2011, respectivamente. Dicha sinopsis es accesible en la página web del Congreso de los Diputados, [www.congreso.es](http://www.congreso.es). *Vid.* también JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996-1999, pp. 439-529.

No es cuestión de exigir del Estado o Comunidades Autónomas<sup>71</sup> una vivienda de manera incondicional, ni su reclamación por la vía judicial, sino, más allá de su promoción pública, la protección de la vivienda a la que ya se ha accedido, pues si bien es cierto que no cabe derivar *ex constitutione* la absoluta justiciabilidad de todos los contenidos del «derecho» de vivienda, existen algunos aspectos del mismo que debieran poder invocarse judicialmente, cuales son los que guarden conexión con otros derechos constitucionales, estos sí fundamentales, y en efecto hay un meritorio esfuerzo de los tribunales ordinarios para tutelar de facto tales aspectos por dicha vía<sup>72</sup>.

Esfuerzo semejante no se percibe en el Tribunal Constitucional, teóricamente independiente del poder político que nombra a sus magistrados. A pesar de que el artículo 47 CE no pueda ser invocado en solitario para acceder a aquel, existe la posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma legal que lo vulnere, como principio rector que es<sup>73</sup>. El problema es que, en la práctica, no se sigue este cauce, es más, cuando se ha planteado la inconstitucionalidad de las normas relativas a la ejecución hipotecaria, el Tribunal Constitucional no ha tenido en cuenta la posible afectación del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, al resolver la inadmisión del cuestionamiento fundado en vulneración de otros derechos alegados (con los que aquel guarda evidente relación), inequívocamente fundamentales, como el del artículo 24 CE, enrocándose muchas veces en *rigorismos* como el de la falta de superación del juicio de aplicabilidad y relevancia.

Hasta ahora el Tribunal Constitucional ha obviado que tales rigorismos deben ceder ante el principio de primacía del Derecho de la Unión, *consagrado* por la STJ 15.7.1964, *Costa/ENEL*, 6/64, al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros que están obligados a respetarlo y, por tanto, tiene primacía sobre los Derechos nacionales<sup>74</sup>; principio *desarrollado* después por la STJ 9.3.1978,

<sup>71</sup> El derecho a la vivienda está reconocido en diferentes Estatutos de Autonomía, ya sea como derecho específico, tal es el caso de Andalucía (art. 25), Cataluña (art. 26) o Baleares (art. 22), o como principio rector, v.g., Aragón (art. 27) y Castilla y León (art. 16.4).

<sup>72</sup> Cfr. PISARELLO, *op. cit.*, p. 6.

<sup>73</sup> ABELLÁN/SIEIRA, *ib.*, respecto a los principios rectores.

<sup>74</sup> Primacía confirmada, según esta sentencia, por el artículo 189 TCEE (actual art. 288 TFUE). El principio de primacía –como prevalencia aplicativa del Derecho europeo en caso de contradicción con el nacional– se encuentra estrechamente vinculado con el de *eficacia directa* –que posibilita a los particulares invocar ante el juez interno las disposiciones europeas como fundamento directo de sus pretensiones–, en tanto que ambos comportan el deber del juez nacional de resolver aplicando el Derecho europeo, y dejando de aplicar, en su caso, las normas internas que lo contradigan. La consagración de estos principios ha sido vista como el primer paso hacia la constitucionalización del Derecho europeo: *vid.* MANCINI, G. F., «The Making of a Constitution for Europe», en *CML Rev.*, vol. 26, n.º 4, 1989, pp. 595-614; DE WITTE, B.,

*Simmenthal*, 106/77, al establecer que en virtud de tal principio las disposiciones europeas directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno, no solamente hacer inaplicable, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a aquellas, sino también impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas europeas, en consecuencia los jueces nacionales están obligados a aplicar íntegramente el Derecho europeo y a proteger los derechos que este confiere a los particulares *dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquel, ya sea anterior o posterior a la norma europea, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional*<sup>75</sup>.

Dado que tal principio forma parte del Derecho nacional con base al artículo 93 CE, primacía afirmada sobre las normas internas incluida la propia Constitución (DTC 13.12.2004, FJ 6.º), y que «*se integra no solamente por el conjunto de normas del Derecho primario y derivado de la Unión sino también por la jurisprudencia emanada de la jurisdicción comunitaria que así lo ha reconocido*» (STC 13/17, 30.1.2017, FJ 6.º), el Tribunal Constitucional no puede escudarse en estrictos formalismos<sup>76</sup> si tenemos presente que para el Derecho de la Unión la vivienda es un derecho básico que debe protegerse.

Mientras no se tome en serio por los poderes públicos la función social de la vivienda ni se aplique plenamente el artículo 47 CE, habrá que darle la razón al Relator Especial de la ONU Miloon KOTHARI, quien en 2008 concluyó que, a pesar de lo dispuesto en nuestra Carta Magna, en la práctica la vivienda es considerada en España «un simple bien de consumo, que se compra y se vende»<sup>77</sup>.

---

«Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en Craig, P./De Búrca, G. (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 323-361.

<sup>75</sup> Sentencia *Simmenthal*, aptdos. 17, 21 y 24, doctrina reiterada por el Tribunal de Justicia: *vid.* en síntesis, STJ 19.11.2009, *Filipiak*, C-314/08, aptdos. 81-83 y resoluciones ahí citadas; STJ 18.7.2013, *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12 (en adelante, Sentencia *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*), aptdo. 33 y jurisprudencia citada; STJ 5.4.2016, *PFE*, C-689/13, aptdo. 40 y jurisprudencia citada.

<sup>76</sup> Sobre las tensiones entre la jurisprudencia constitucional y la comunitaria en orden a su armonización, *vid.* AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del Derecho comunitario derivado*, Madrid, 2002.

<sup>77</sup> KOTHARI, M., «Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari: addendum: mission to Spain», en *UN Human Rights Council*, 7.2.2008, A/HRC/7/16/Add.2, p. 27. El Informe es accesible en [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

## CAPÍTULO 2

### CUESTIONES NUCLEARES. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN Y CONTORNOS DEL JUICIO DE ABUSIVIDAD

#### 2.1 PLANTEAMIENTO. UNIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN NORMATIVA DE LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Para afrontar el estudio del clausulado abusivo en el ámbito de la adquisición de vivienda se han de examinar una serie de cuestiones tanto sustantivas como prácticas, que son las que permiten la entrada en juego de las normas protectoras específicas (LCGC y TRLCU) y, en consecuencia, el control de la eventual abusividad del clausulado que conforma la contratación conducente a dicha adquisición. A tal fin, tomaremos en cuenta la normativa y jurisprudencia nacional y las emanadas de Bruselas y Luxemburgo, así como el moderno Derecho contractual europeo<sup>1</sup>.

Analizaremos el tratamiento actual que se le da a las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento, partiendo de su origen, la Directiva 93/13, lo cual nos llevará a examinar la propia construcción conceptual, los criterios para apreciar la abusividad y los límites a tal consideración, teniendo presente los modernos

---

<sup>1</sup> El Tribunal Supremo ha reconocido que actualmente se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores, y que la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.ª (*vid.* SSTS 15.1.2013, FJ 3.º, 1; 17.1.2013, FJ 3.º; 18.1.2013, FJ 5.º; 18.11.2013, FJ 10.º, 4; 30.6.2014, FJ 2.º, ptos. 3 y 4) «conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual» (STS 8.9.2014, FJ 2.º, 4).

instrumentos europeos, fundamentalmente PECL<sup>2</sup>, ACQP<sup>3</sup> y DCFR<sup>4</sup> (para cuestiones relacionadas, el CEC<sup>5</sup>), los inspirados en este último, FS<sup>6</sup> y CESL<sup>7</sup>, así como las propuestas de actualización de la normativa nacional sobre obligaciones y contratos civiles y mercantiles

Con carácter previo realizaremos en las líneas que siguen una síntesis del proceso armonizador de Derecho patrimonial privado que ya se lleva andado a nivel europeo y del actualizador en materia civil y mercantil que en nuestro país aún le queda un largo camino por recorrer.

### *Proceso institucional de construcción de un Derecho contractual europeo uniforme*

Desde que en el *Action Plan*<sup>8</sup> la Comisión Europea lanzara la idea de un Marco Común de Referencia<sup>9</sup> (en adelante, MCR), creándose a tal fin la *CoPE-*

---

<sup>2</sup> *Principles of European Contract Law*, de la COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW o LANDO COMMISSION. Vid. Lando, O./Beale, H. (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised*, La Haya, 2000; Lando, O./Clive, E./Prüm, A./Zimmermann, R. (eds.), *Principles of European Contract Law: Part III*, La Haya, 2003. La edición española de las Partes I y II corre a cargo de BARRÉS BENLLOCH, P./EMBD IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo: Partes I y II*, Madrid, 2003, y la Parte III por los mismos autores, *Principios de derecho contractual europeo: Parte III*, Madrid, 2007. En adelante, cuando citemos los comentarios sobre el articulado de los PECL, lo haremos sobre la edición española.

<sup>3</sup> *Acquis Principles*, del RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW o ACQUIS GROUP. Vid. ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Múnich, 2007, *Contract II*, Munich, 2009. Vid. también [www.acquis-group.org](http://www.acquis-group.org).

<sup>4</sup> *Draft Common Frame of Reference*, del STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE o STUDY GROUP junto con el ACQUIS GROUP. Vid. Von bar, C./Clive, E./Schulte-Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009; Von bar, C./Clive, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Múnich, 2009.

<sup>5</sup> *Code européen des contrats*, o Código de Pavía, de la ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS o Academia de Pavía, que hasta ahora tiene publicado un Libro I («De los contratos en general») y parte de un Libro II («De los contratos en particular», Título I «De la compraventa»). Vid. Gandolfi, G. (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Milán, 2002, *Livre deuxième – I*, Milán, 2007, y *Livre deuxième – 2*, Milán, 2008. Vid. también [www.accademiagiurprivatistieuropei.it](http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it).

<sup>6</sup> «Feasibility study for a future instrument in European Contract Law» o *Feasibility Study*, del EXPERT GROUP ON EUROPEAN CONTRACT LAW o EXPERT GROUP. Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, pp. 14-93, Annex IV (FS de 3.5.2011), y *European Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011* (FS de 19.8.2011); ambos textos son accesibles en <http://ec.europa.eu>. En adelante, para diferenciar ambas versiones, usaremos el acrónimo «FS rev.» para referirnos a la revisada de 19.8.2011.

<sup>7</sup> *Common European Sales Law*, Anexo I del Reglamento propuesto por la Comisión el 11.10.2011. Vid. *infra* n. 25.

<sup>8</sup> Comunicación de la Comisión «Un Derecho contractual europeo más coherente: plan de acción», COM (2003) 68 final, de 12.2.2003, en DO C 63, de 15.03.2003, pp. 1-44.

<sup>9</sup> Mediante el cual se pretende fijar principios, terminología y reglas modelo comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo, para ayudar a las instituciones europeas a garantizar una mayor coherencia del acervo existente y futuro en dicho ámbito.

*CL Joint Network on European Private Law*<sup>10</sup>, han existido dudas sobre qué naturaleza jurídica habría de tener el futuro instrumento de Derecho contractual europeo<sup>11</sup>, hasta tal punto que la Comisión ha llegado a plantear siete posibles opciones al respecto en su *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*<sup>12</sup> (en adelante, Libro Verde de 2010), entre las cuales estaba que dicho instrumento adoptara la forma de [«opción 1», p. 7] una simple publicación *web* de los futuros resultados del EXPERT GROUP (en adelante, EG), creado por la Comisión dos meses antes mediante la Decisión 2010/233/UE<sup>13</sup>; [«opción 2», pp. 7 y 8] una «caja de herramientas» oficial para el legislador, mediante un acto de la Comisión – apoyándose en los resultados del EG– o un acuerdo interinstitucional; [«opción 4», pp. 9 y 10] un «instrumento opcional», que se crearía por reglamento<sup>14</sup>.

Con la publicación del Libro Verde de 2010, la Comisión puso en marcha una amplia consulta pública que finalizó el 31.1.2011, y tras concluir el trabajo del EG se presentó por la Comisión sus resultados, brindando a los interesados la oportunidad de presentar observaciones sobre el FS<sup>15</sup>, para cuya elabo-

<sup>10</sup> Red de excelencia, financiada por el «Sexto Programa Marco de ayuda a la investigación» de la UE, que engloba a varios grupos de investigación, de cuyos resultados caben destacarse los ACQP y el DCFR.

<sup>11</sup> Podría utilizarse como una «caja de herramientas» o un manual que la Comisión y el legislador europeo utilizaran para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual, si se considerara necesario, como recordaba la Comisión en su *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, donde sí dejó claro que el MCR no tendría por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo. Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, de 25.7.2007 (accesible en <http://ec.europa.eu>), pp. 11 y 12.

<sup>12</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, de 1.7.2010 (accesible en <http://eur-lex.europa.eu>), pp. 7-11.

<sup>13</sup> «Decisión de la Comisión, de 26.4.2010, por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo», en *DO L 105*, de 27.4.2010, pp. 109-111. Según el octavo Considerando y el art. 1, el EG debía prestar asistencia a la Comisión para preparar una propuesta de MCR en el ámbito del Derecho contractual europeo, incluida la materia de contratos mercantiles y de consumo, utilizando como punto de partida el DCFR, cuyas partes pertinentes debían seleccionarse por el EG al objeto de reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados, teniendo para ello en cuenta otros trabajos de investigación en este ámbito así como el acervo de la UE.

<sup>14</sup> Sobre las distintas opciones de introducción de un Derecho contractual europeo, incluido el método del instrumento opcional, vid. *in extenso* INFANTE RUIZ, F. J., «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo, en *InDret 2/2008* ([www.indret.com](http://www.indret.com)); VON BAR, C., «Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa», en Von Bar, C./Wudarski, A. (eds.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Múnich, 2012, pp. 3-11.

<sup>15</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, p. 8. Esta publicación contenía (en su Anexo IV, pp. 14-93) el FS de 3.5.2011, siendo seguida por un período de consulta pública, y una versión revisada del FS publicada *online* en agosto de 2011 (vid. *supra* n. 6), sobre la que mayormente se basa la CESL, como señalan DANNEMANN y VOGENAUER, «Introduction: The European Contract Law Initiative and the 'CFR in Con-

ración (al efecto de reorganizar y completar las partes del DCFR relacionadas con el Derecho contractual) el EG hubo de tener en cuenta<sup>16</sup> CISG<sup>17</sup>, PICC<sup>18</sup>, PECL, PCC<sup>19</sup> y la entonces Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores<sup>20</sup>, pues siendo el ámbito de aplicación del FS los contratos B2C y B2B, se procura un tratamiento diferenciado para otorgar un alto nivel de protección a los consumidores<sup>21</sup>.

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 8.6.2011, se mostró favorable a que el instrumento de Derecho contractual europeo, en cuanto a su naturaleza jurídica, adoptara la forma de «instrumento opcional» –mediante reglamento–, complementado por una «caja de herramientas» –mediante acuerdo interinstitucional– (esto es, una combinación de la opciones 4 y 2 del Libro Verde de 2010); y en cuanto a su ámbito de aplicación, opinaba que el instrumento debería abarcar contratos B2B y B2C pero con una configuración diferenciada que prestara especial atención a la protección de los consumidores, para lo cual pedía a la Comisión que tomara en cuenta el impacto que tuviese la Directiva sobre derechos de los consumidores<sup>22</sup>, sobre cuyo texto se había alcanzado un acuerdo político interinstitucional el 6.6.2011, refrendado en el Parlamento el 23.6.2011<sup>23</sup>, publicándose posteriormente la actual

text' Project», en Dannemann, G./Vogenauer, S. (eds.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, p. 14. El EG entregó su FS a finales de abril de 2011, la consulta sobre el mismo se mantuvo abierta por la Comisión desde el 3 de mayo al 1 de julio de 2011, recibiendo 106 contribuciones, que son accesibles en <http://ec.europa.eu>.

<sup>16</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *op. ult. cit.*, pp. 5 y 6.

<sup>17</sup> *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* o Convención de Viena de 1980, de la UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL), accessible en [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>18</sup> *Principles of International Commercial Contracts*, o Principios *Unidroit*, del INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT), que ha publicado tres ediciones de los PICC (1994, 2004 y 2010), accesibles en [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org). En adelante, las referencias se harán sobre los PICC 2010.

<sup>19</sup> *Principes Contractuels Communs*, de la ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE y la SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. Vid. Fauvarque-Cosson, B./Mazeaud, D. (coords.), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 7, París, 2008.

<sup>20</sup> «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores», presentada por la Comisión el 8.10.2008, COM (2008) 614 final, accesible en <http://ec.europa.eu>.

<sup>21</sup> El FS cubre los contratos en general, venta de bienes y de servicios relacionados con las ventas, siendo aplicable a relaciones transfronterizas y nacionales. Para un análisis del FS, en relación con CISG, PICC y PECL, vid. LANDO, O., «On a European Contract Law for Consumer and Business – Future Perspectives», en Schulze, R./Stuyck, J. (eds.), *Towards an European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 203-214. Para una visión crítica del FS, en especial sobre su ámbito de aplicación, vid. LOOS, M., «Scope and Application of the Optional Instrument», en *CSECL – WPS*, 2011/09, 20.7.2011 (accessible en <http://papers.ssrn.com>).

<sup>22</sup> Vid. PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas» [P7\_TA(2011)0262] (accessible en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu)), concretamente los ptos. 5, 14, 16 y 28.

<sup>23</sup> Para un análisis *in extenso* de los antecedentes y el curso de los acontecimientos que alumbrarán el texto definitivo de la Directiva, así como los cambios sobre la Propuesta inicial, remitimos a nuestro

Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores<sup>24</sup> (en adelante, Directiva 2011/83).

Finalmente el 11.10.2011, la Comisión presentó la «Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law», Propuesta que junto al *reglamento* en sí (CESLR) contiene en su Anexo I una *normativa común de compraventa* (CESL)<sup>25</sup>. Se trata de un «instrumento opcional» (régimen jurídico alternativo que debería ser adoptado por los Estados miembros, pero de libre elección para los contratantes<sup>26</sup>) concebido inicialmente como normativa aplicable a los contratos transfronterizos de compraventa de bienes<sup>27</sup> *muebles* [art. 2.h) CESLR], suministro de contenidos digitales y prestación de servicios [excluidos los financieros, art. 2.m).iv) CESLR] relacionados, pero con la Resolución del Parlamento de 26.2.2014<sup>28</sup> (en adelante, *RPE 2014*) se ciñó su ámbito a la *contratación* –mismas materias, con adición de otras<sup>29</sup>– *a distancia*, con especial énfasis en la *online*<sup>30</sup>. El recurso a la CESL por los contratantes se condiciona a que el vendedor de bienes o suministrador de contenidos digitales sea

trabajo «La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE, Sala 1.ª, de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores», en *RdP* n.º 27, 2011 (*vid.* pp. 167-173).

<sup>24</sup> «Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», en *DO L* 304, de 22.11.2011, pp. 64-88.

<sup>25</sup> *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, «Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea», de 11.10.2011, COM (2011) 635 final, accesible en <http://eur-lex.europa.eu>. Siguiendo los acrónimos utilizados por la propia Comisión, cuando nos refiramos al reglamento en sí (compuesto por preceptos que regulan su ámbito de aplicación y el modo en que las partes se pueden acoger a la normativa común) usaremos el acrónimo *CESLR*, y *CESL* cuando hablemos de la normativa común de compraventa europea (Anexo I, en p. 30 y ss. de la Propuesta).

<sup>26</sup> No se trata de algo novedoso, pues los regímenes opcionales son especialmente frecuentes en el Derecho europeo, y sin restringirse a este, pues también existen a nivel internacional, como refleja el análisis de LEHMANN, M., «Derecho privado europeo. ¿Un Derecho opcional?», en *NUE*, n.º 320, 2011, pp. 3-12.

<sup>27</sup> En la EM (p. 8) de la Propuesta esto se justifica por el hecho de que las reacciones al Libro Verde expresaron preferencias por este ámbito material. No parece sin embargo que la Comisión tuviera totalmente en cuenta la opinión del Parlamento, que, en su Resolución de 8.6.2011, abogaba porque entraran dentro del ámbito de aplicación del instrumento opcional, además de la compraventa de bienes y prestación de servicios, los *contratos de seguros* (*vid.* PARLAMENTO EUROPEO, *op. ult. cit.*, pto. 25), que, como advierte EBERS, M. («El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», en *InDret*, 1/2012, p. 12) no se incluyeron en el texto original de la Propuesta.

<sup>28</sup> Por la cual aprobó su Posición en primera lectura sobre el texto de la Comisión, vía enmiendas al mismo. *Vid.* Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD)), accesible en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>29</sup> En concreto negocios vinculados y mixtos vía enmiendas 63-69 *RPE 2014*, que modifican el art. 6 CESLR.

<sup>30</sup> *Vid.* enmiendas 2, 27, 59 y 60 *RPE 2014*, que modifican, respectivamente, el Considerando 9 y los arts. 1.1, 4.1 y 5.1 CESLR.

un comerciante<sup>31</sup>, cubriendo tanto las relaciones B2C<sup>32</sup> como B2B, si bien inicialmente se requería para estas últimas que al menos uno de los comerciantes fuese una PYME, requisito que con la antedicha Resolución desaparece (vía enmienda 70) del art. 7 CESLR.

No obstante la Comisión, en fecha 16.12.2014, con motivo de la comunicación al Parlamento de su programa de trabajo para el año 2015, anunció la retirada del texto existente a fin de acometer una propuesta modificada, centrada en potenciar el comercio electrónico en el Mercado Único Digital<sup>33</sup>. Bajo la *Digital Single Market Strategy*, adoptada por la Comisión en mayo de 2015<sup>34</sup>, han surgido tres propuestas legislativas<sup>35</sup> de futuro incierto, y junto a ellas la Comisión ha puesto en marcha, dentro del Programa REFIT<sup>36</sup>, un profundo análisis de la legislación europea vigente en materia de consumo, ejercicio este último mucho más amplio que la iniciativa de dimensión digital pues abarca la puesta en revisión de una serie de Directivas sobre Derecho de consumo, entre ellas, la Directiva 93/13<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Definido en la letra e) del art. 2 CESLR inicialmente como toda persona física o jurídica que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, letra que por enmienda 31 RPE 2014 se modificó así: «toda persona física o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión en relación con contratos».

<sup>32</sup> Señalan BAR-GILL y BEN-SHAHAR que la CESL incorpora algunas de las más importantes técnicas de protección del consumidor empleadas en el Derecho contractual europeo, si bien las critican desde la lógica económica: *vid.* BAR-GILL, O./BEN-SHAHAR, O., «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», en *CML Rev.*, vol. 50, n.º 3, junio 2012, pp. 109-126 (accessible en <http://papers.ssrn.com>).

<sup>33</sup> *Vid.* ANNEX to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Commission Work Programme 2015. A New Start*, Estrasburgo, 16.12.2014, COM(2014) 910 final, ANNEX 2 (<http://ec.europa.eu>), p. 12, pto. n.º 60.

<sup>34</sup> *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6.5.2016, (<http://eur-lex.europa.eu>).

<sup>35</sup> De fecha 9.12.2015: Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM(2015) 634 final; Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sale of goods, COM(2015) 635 final; y Proposal for a Regulation on ensuring the cross-border portability of online content services in the internal market, COM(2015) 627 final. Sobre las Propuestas de Directivas (634 y 635 final) *vid.* SCHMIDT-KESSEL, M./ERLER, K./GRIMM, A./KRAMME, M., «Die Richtlinienentwürfe der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1», *id.* «Teil 2», en *GPR*, 1/2016, pp. 2-8, y 2/2016, pp. 54-70, respectivamente. CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», en *Indret*, 3/2016, p. 10, señala que aunque la primera de las Propuestas (634 final) se pueda presentar en cierta medida como una modesta secuela de la CESL, ello no hace justicia a ambos textos.

<sup>36</sup> Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT), que contempla medidas para simplificar la normativa de la UE y reducir los costes que ocasiona. *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Better regulation for better results - An EU agenda*, COM(2015) 215 final, Estrasburgo, 19.5.2015 (<http://ec.europa.eu>).

<sup>37</sup> *Vid.* EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concer-*

Por ahora, la regulación de las condiciones generales y cláusulas abusivas contenida en la frustrada CESL –claramente inspirada en el DCFR<sup>38</sup>, empero sin referencia al mismo<sup>39</sup>, hecho criticado<sup>40</sup>– muestra el estado más avanzado en la materia, razón por la cual dedicamos a dicha regulación particular atención en esta obra.

### *Propuestas para actualizar la normativa española de contratación civil y mercantil*

A nivel interno existen dos propuestas de actualización del Derecho privado que vendrían a remozar la disciplina de los contratos civiles y mercantiles contenida, respectivamente, en el CC y el CdC, con un distinto enfoque: por un lado, la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*<sup>41</sup> (en adelante, PMCC) se centra exclusivamente en las normas de Derecho general de obligaciones y contratos, actualmente comprendidas en los arts. 1088-1314 CC; por otro, la *Propuesta de Código Mercantil*<sup>42</sup> (en adelante, PCM) aborda la elaboración de un nuevo texto que sustituya al vigente CdC.

La PMCC pretende ser en España lo que la Ley de Modernización del Derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26.11.2001 –BGBl. I Nr. 61, 29.11.2001–, en vigor desde el 1.1.2002) fue en Alemania, es decir, introducir en el Código Civil, entre otras disposiciones, las relativas a las condiciones generales<sup>43</sup>, actualizando la regulación contractual

ning, SWD(2015) 274 final/2, Bruselas, 17.12.2015 (<http://eur-lex.europa.eu>), p. 6, y respecto a la revisión de la Directiva 93/13, pp. 9 y 120.

<sup>38</sup> Para un exhaustivo análisis de la Propuesta, y su relación con DCFR y FS, *vid.* MICKLITZ, H.-W./REICH, N., «The Commission Proposal for a ‘Regulation on a Common European Sales Law (CESL)’ – Too Broad or Not Broad Enough?», en *EUI – LWP*, 2012/04, feb. 2012 (accessible en <http://cadmus.eui.eu>).

<sup>39</sup> Igual omisión sufrió antes en la entonces proyectada Directiva sobre derechos de los consumidores, si bien en este caso no estaba clara la relación entre ambos textos, hasta el punto de parecer que no había tenido en cuenta el DCFR, como apuntara EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena» (trad. de ARROYO I AMAYUELAS, E.), en *InDret*, 2/2010, pp. 9 y 10. También se sorprendían de tal circunstancia, criticándola, MICKLITZ, H.-W./REICH, N., «Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights», en *CML Rev.*, vol. 46, n.º 2, abril 2009, p. 473; ROTT, P./TERRY, E., «The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules», en *ZEUP*, 3/2009, p. 458.

<sup>40</sup> VALPUESTA GASTAMINZA (*op. cit.*, p. 213) señala que, con esa injusta omisión, parece como si el texto surgiera de la nada, o directamente del FS sin pasar por el DCFR.

<sup>41</sup> *Vid.* COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009, y Suplemento «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos».

<sup>42</sup> *Vid.* COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, Madrid, 2013.

<sup>43</sup> En el Libro II del BGB (§§ 305-310) se recoge la derogada AGBG, implementando la Directiva 93/13/CEE. Firme opositor a la integración del régimen jurídico material de las condiciones generales en

para colocarla en línea con los esfuerzos armonizadores existentes en el seno de la UE. Como acontecimiento de importancia académica similar a la reforma alemana, hemos de mencionar la reforma del histórico *Code Civil* francés, operada por *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10.2.2016 (JORF n.º 0035, 11.2.2016), que entró en vigor el 1.10.2016.

La PMCC dedica su Sección 4.<sup>a</sup> (arts. 1261-1264) a las condiciones generales, aunando previsiones típicas de la LCGC, como el control de inclusión (en art. 1261), y del TRLCU, como el control de contenido y la lista negra de cláusulas abusivas (en art. 1262), remitiendo no obstante a la legislación especial cuando el contrato sea B2C (art. 1262.5), de manera que el control de abusividad en contratos con consumidores se seguiría rigiendo por las disposiciones del TRLCU, mientras que para el resto de contratos habría que estar a la PMCC, que vendría así a extender dicho control a todos los contratos con cláusulas no negociadas individualmente.

Además de señalar en su Exposición de Motivos (IV) a dicha ley alemana como ejemplo paradigmático y reconocer (IX) su alineación con ella en cuanto a la opción de recoger al menos el núcleo sustancial de las reglas especiales del Derecho de consumo en materia contractual<sup>44</sup>, se hace énfasis en la influencia del moderno Derecho contractual europeo, citando a los PECL, y de la *lex mercatoria* internacional (CISG y PICC, citados *ib.*, IV)<sup>45</sup> a su vez fuente de la que beben aquellos.

Téngase presente que antes de que se conocieran los PECL, la Comisión General de Codificación ya estaba trabajando sobre la base de CISG y PICC,

---

el BGB fue P. ULMER, por las razones apuntadas en «Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk», en *JZ*, 10/2001, pp. 491-497. Para una crítica sobre la técnica legislativa empleada *vid.* LAMARCA I MARQUÉS, A., «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», en *InDret*, 1/2002, p. 8. *Vid.* también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado», en *RDPR*, n.º 86, 2002, pp. 187-206; INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», en *RdP*, n.º 8, 2002, pp. 153-172; EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», en *ADC*, vol. 56, 4/2003, pp. 1575-1608.

<sup>44</sup> En palabras del que fue en vida Presidente de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., [«La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)», en *BMJ*, n.º 2130, abril 2011, p. 5], la Propuesta «*ha seguido las pautas y el rastro de la Ley alemana de modernización a la hora de proponer la inclusión en el texto del Código civil de la mayor parte del moderno Derecho especial, denominado Derecho de consumidores y usuarios en materia contractual. En este sentido, la Propuesta recoge la regulación de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, las condiciones generales de la contratación, y las normas sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia.*»

<sup>45</sup> Sobre la influencia de estos textos en los trabajos de la Comisión General de Codificación, *vid.* PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, 2013, pp. 188-191.

si bien el ámbito de aplicación material y territorial de estos textos<sup>46</sup> no los hacían tan atractivos como los PECL al efecto de modernizar el Libro IV del CC, pues los Principios tratan de aunar reglas para las relaciones B2B, B2C y C2C, tanto en operaciones transfronterizas como internas (frente a CISG y PICC, con reglas para relaciones transfronterizas bajo criterios básicamente comerciales), criterios que siguen ACQP y DCFR, textos europeos que por razones cronológicas no se tomaron en cuenta al elaborar la PMCC, para la que sí podría haberse tenido en consideración el CEC o Proyecto GANDOLFI, por ser paralelo al Proyecto LANDO (PECL), pero no fue así, siendo testimonial su valor en España<sup>47</sup>. El CEC se inspira en el *Codice civile* italiano y en el *Code McGregor*<sup>48</sup>, tratando así de armonizar las soluciones de los sistemas contractuales de *Civil Law* y *Common Law*.

La gran atención puesta por la doctrina científica en la PMCC<sup>49</sup> y su invocación por la jurisprudencia<sup>50</sup>, contrastan con el escaso apoyo político recibido, no obstante lo cual merece un especial interés por cuanto responde a una nueva perspectiva del Derecho de obligaciones y contratos civiles, bajo influencia del Derecho contractual europeo y directivas sobre contratación con consumidores<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> La CISG para la compraventa internacional de mercaderías, los PICC para todos los contratos mercantiles internacionales, de los que pretende ser un código general. Ambos textos excluyen de su aplicación las ventas o contratos con consumidores (*vid. PICC*, «Preamble – Comment», 2010, p. 2) porque en este ámbito existen normas nacionales imperativas que podrían colisionar con la regulación propuesta, como recuerda VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», en *CDT* vol. 5, n.º 1, 2013 (accesible en [www.uc3.es/cdt](http://www.uc3.es/cdt)), p. 211.

<sup>47</sup> ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La necesaria influencia del derecho privado europeo en la propuesta», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 17-19 y 23.

<sup>48</sup> MCGREGOR, H., *Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milán, 1993.

<sup>49</sup> Además de los ya citados, i.a., SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, 4/2009; ARANA DE LA FUENTE, I., «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, 4/2010; FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», y «Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *ADC*, por su orden, vol. 63, 1/2010, pp. 47-136, y vol. 64, 4/2011, pp. 1481-1684.

<sup>50</sup> Lo que para OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», en *RDC*, vol. I, n.º 3, 2014, p. 60, demuestra que «se trata de un texto cuyas virtudes no deben ser precisamente menores cuando ya está siendo invocado por la Sala Primera del propio Tribunal Supremo con el objeto de ofrecer soluciones modernas a problemas contemporáneos que no fueron previstos en los códigos decimonónicos». *Vid.* SSTS citadas *ib.*, n. 97.

<sup>51</sup> ALBIEZ, *op. ult. cit.*, p. 16. La propia PMCC, en su EM (IV), destaca el hecho de que la UE haya producido un gran número de directivas, que, aunque directamente relacionadas con los contratos de consumo, han supuesto un núcleo del Derecho europeo de contratos que a su vez impone la necesidad de coordinarlo con el resto del ordenamiento.

Por su parte, la PCM, reflejada en el Anteproyecto aprobado por el Gobierno en mayo de 2014<sup>52</sup>, recopila y actualiza en un único texto toda la legislación mercantil existente e incorpora materias carentes de regulación específica. En lo que atañe a las obligaciones y contratos, contiene normas básicas en la materia (Libro 4.º, Título I) que se inspiran en CISG, PICC y PECL, según reconoce la EM (V-2), y una parte dedicada a condiciones generales (Libro 4.º, Título III) que no se ocupa de todos los aspectos del régimen jurídico de las mismas, desarrollados en su regulación específica, sino solo de los más básicos (EM, V-13), tales como su concepto (art. 430-1), eficacia (art. 430-3) y reglas de incorporación e interpretación (arts. 430-2 y 430-4, respectivamente).

Se toma como criterio general el de no incorporar las normas de protección de los consumidores, considerando que, al ser el TRLCU un texto legal equiparable a un código en la materia, no resultaría adecuado alterar tal planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de esas normas como ajenas a la regulación del código mercantil propuesto, sobre el que tendría prioridad la legislación protectora<sup>53</sup>. Este enfoque tiene reflejo, por ejemplo y en lo que nos interesa, en la disposición general sobre la compraventa mercantil (art. 511-1 PCM), al establecer que este contrato tendrá tal naturaleza en razón de las partes (*vid.* art. 001-2) «*sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor*». Dedicó la PCM los arts. 511-24 a 511-27 a la compraventa de inmuebles y, dentro de los contratos financieros mercantiles (Libro 5.º, Título VII), los arts. 573-1 a 573-11 al préstamo dinerario.

El texto de la PCM cuenta con no pocas voces críticas<sup>54</sup>, y por lo que se refiere a sus Libros 4.º («De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general») y 5.º («De los contratos mercantiles en particular»), se destaca la falta de atención a la PMCC y la adopción de un sistema dualista que en textos separados diferencia la contratación por ramas, cuando en la UE –sea a nivel institucional o académico europeo– se apuesta por un modelo de Derecho de obligaciones y contratos unificado, en que no tiene sentido la división entre lo civil y lo mercantil<sup>55</sup>. Con todo, es una incógnita cuál será la redacción defini-

---

<sup>52</sup> *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil*, C. M. 30/5/2014. *Vid.* nota de prensa del Mterio. de Justicia de misma fecha. Ambos accesibles en [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es).

<sup>53</sup> *Vid.* EM del Anteproyecto, aptdos. I-13 y I-34. En el primero se señala además que desde el punto de vista objetivo, las relaciones de los «operadores del mercado» (noción que engloba y amplía la actual de empresario: *vid.* art. 001-2) *entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil*.

<sup>54</sup> I.a., ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», en *DLL*, 17.10.2013, documento online, pp. 1-16; GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», en *RDC*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 7-27; OLIVA, *op. cit.*, 2014b, pp. 37-66 y doctrina cit. en p. 38, n. 5.

<sup>55</sup> De hecho, no existe tal división en los textos (académicos e institucionales) de los que se ha afirmado su posible condición de borrador o núcleo de un Código civil europeo: así, respecto de los PECL, LANDO, O.,

tiva del pretendido código mercantil, si es que llega a ver la luz siquiera como proyecto de ley, mas se agradecería que las Secciones Civil y Mercantil de la Comisión General de Codificación aunaran esfuerzos para no ir en dirección opuesta a esa tendencia unificadora.

## 2.2 CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

Toda cláusula abusiva es una cláusula *no negociada individualmente*, pero esta no es siempre abusiva. La falta de negociación individual no implica *per se* el carácter abusivo, tan solo supone un requisito para poder apreciarlo, requisito derivado de una decisión de política legislativa: excluir las cláusulas negociadas individualmente por el consumidor del control de contenido establecido en la Directiva 93/13.

Tal exclusión se opera por vía indirecta, en el art. 3 Directiva 93/13, al limitar la consideración de abusividad, y por ende su posible enjuiciamiento de equidad, al clausulado que no se haya negociado individualmente; pero cabe recordar que en la Propuesta original de Directiva de 1990 se preveía un control genérico de todos los contratos celebrados con consumidores<sup>56</sup>, que pasó a la modificada de 1992<sup>57</sup>, donde se establecía un doble sistema de control, para las

---

«Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», en *Sc. St. L.*, n.º 40, 2000, p. 364; respecto del DCFR, JANSEN, N./ZIMMERMANN, R., «'A European Civil Code in All But Name': Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference», en *CLJ*, vol. 69, 1/2010, p. 98; respecto de la CESL, ZIMMERMANN, R., «Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law», en *ERLC*, vol. 8, 4/2012, p. 388. Recogiendo los materiales suministrados por los PECL y el DCFR, así como la PMCC y PCM, la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (*Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Valencia, 2016) ha elaborado un trabajo modernizador del Libro V del CC que, sin pretensiones de cambio en lo sustancial y respetando los ámbitos de la contratación que son objeto de estudio esencialmente por la doctrina mercantilista, aspira a una regulación de los contratos del CC, con inclusión de los de consumo, sin la artificial distinción entre civiles y mercantiles en tales contratos.

<sup>56</sup> Art. 3 de la «Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», presentada por la Comisión el 24.7.1990, COM (90) 322 final-SYN 285, en *DO C* 243, de 28.9.1990, pp. 2-5. En dicho precepto se establecía que los Estados miembros «prohibirán el uso de cláusulas abusivas en todos los contratos celebrados con un consumidor por una persona que ejerza una actividad comercial, industrial o profesional», esto es, su ámbito de aplicación era B2C, con independencia de que el clausulado contractual fuera fruto de la negociación individual o no, de hecho en la definición de cláusula abusiva (art. 2.1) no se contenía referencia alguna al carácter negociado o no de la estipulación contractual.

<sup>57</sup> Art. 7 de la «Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», presentada por la Comisión el 5.3.1992, COM (92) 66 final-SYN 285, en *DO C* 73, de 24.3.1992, pp. 7-12. Decía tal artículo que los Estados miembros «deberán prohibir el uso de cláusulas abusivas en todo contrato concluido por un profesional con un consumidor independientemente de la ley aplicable»; y, en cuanto a la conceptualización de cláusula abusiva, el art. 3 establecía los parámetros de control para medir la abusividad de las cláusulas que no hubieran sido objeto de negociación individual, mientras que el art. 4 hacía lo propio con independencia de que hubiera o no dicha negociación separada del clausulado.

cláusulas no negociadas individualmente, en su art. 3, y para las negociadas, en su art. 4, si bien este último fue suprimido por la opinión del Parlamento Europeo, que se manifestó en la misma línea que la doctrina alemana (que criticó duramente el control de las cláusulas negociadas), y por la presión de las asociaciones empresariales<sup>58</sup>, lo que llevó al Consejo, en la posición común adoptada respecto a la Directiva, a acordar la limitación del alcance del control de contenido a las cláusulas no negociadas individualmente, fórmula recogida finalmente por la Directiva 93/13, contrastando con otras Directivas posteriores que, aun teniendo un ámbito de aplicación muy limitado, prevén un control judicial de cláusulas contractuales sin restricción a las no negociadas<sup>59</sup>.

### 2.2.1 Rasgos característicos, con especial referencia a los instrumentos de modernización

Como sabemos, el legislador español optó en su día por incorporar la limitación en la norma de transposición de la Directiva 93/13, esto es, la LCGC, cuya DA 1.<sup>a</sup> añadió el art. 10 *bis* a la LCU, reproduciendo su aptdo. 1 esencialmente lo establecido en el art. 3.1 de dicha Directiva, y con ello la configuración del concepto de cláusula abusiva restringido a las cláusulas no negociadas individualmente. Así se mantiene en el vigente art. 82.1 TRLCU, heredero de aquel precepto de la LCU. El problema es que en nuestro ordenamiento no existe un concepto legal de cláusula «no negociada individualmente», locución que entre nosotros aparece tras la entrada en vigor de la LCGC, que introdujo dicha expresión en los arts. 10 y 10 *bis* LCU.

En la actualidad, tal locución aparece en los arts. 80 y 82 TRLCU (y, *a sensu contrario*, en art. 1.2 LCGC<sup>60</sup>), pero sin formular expresamente un con-

---

<sup>58</sup> *Vid.*, para más detalles, BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, pp. 94 y 95.

<sup>59</sup> Como señalan PFEIFFER, T./EBERS, M., «Art. 6:101», en ACQUIS GROUP, *op. cit.*, 2007, p. 214, poniendo como ejemplos la Directiva 99/44/CE (art. 7.1) y Directiva 2011/7/UE (art. 3.3). Para un mayor detalle de la Directiva 93/13, *vid.* EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *RDM*, n.º 213, 1994, pp. 461-504; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en Polo Díez, A. (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. I, Madrid, 1994, pp. 651-674; PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998.

<sup>60</sup> Aunque el art. 1 LCGC no exige expresamente, al efecto de considerar una cláusula como condición general, que la cláusula no se haya negociado individualmente, sí se deduce dicha exigencia de su aptdo. 2 («el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión»), coincidente con la regla del

cepto, que, por tanto, se ha de extraer de la Directiva 93/13, cuyo art. 3 alumbró esta noción<sup>61</sup>, caracterizada por la imposibilidad del consumidor de influir en el contenido de la cláusula, esto es, por la *imposición*. Además, con el fin de proteger al consumidor, la Directiva establece una presunción de no negociación cuando la cláusula es formulada con antelación<sup>62</sup>, esto es, cuando ha habido *predisposición*. Por tanto, dentro del ámbito B2C, propio de la Directiva 93/13, una cláusula «no negociada individualmente» es aquella impuesta en tanto que predispuesta, dando como ejemplo típico la Directiva el caso de los contratos de adhesión (pfs. 1.º y 2.º del art. 3.2<sup>63</sup>). No limita la noción a la contratación en masa, de hecho menciona la categoría de condición general (*standard term*), sin definirla, como tipo ilustrativo del concepto general de cláusula no negociada individualmente<sup>64</sup> (pfo. 3.º del art. 3.2<sup>65</sup>).

---

art. 3.2. II Directiva 93/13 prevista para sujetar el resto del clausulado al control de abusividad –esta es la única diferencia con el art. 1.2 LCGC, cuya redacción es casi idéntica, salvo por la sujeción a la normativa de condiciones generales–, que tiene su reflejo en el art. 82.2. I TRLCU pero sin la referencia al contrato de adhesión que en los otros dos preceptos aparece como marco indiciario de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente.

<sup>61</sup> En la Propuesta modificada de 1992 se introdujo la distinción entre cláusulas negociadas y no negociadas individualmente, ausente en la Propuesta original de 1990 (*vid. supra* n. 56), pero no para excluir a las primeras de su ámbito de aplicación, sino para establecer parámetros de control en unas y otras (*vid. supra* n. 57). El art. 3.2. I de la Propuesta modificada contenía la definición de cláusula no negociada individualmente, que pasó sin cambio alguno al vigente art. 3.2. I Directiva 93/13.

<sup>62</sup> Señala WILHELMSSON que dicha presunción es absoluta (*iuris et de iure*), pues el pfo. 1.º del art. 3.2 Directiva 93/13 establece que «a term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term»; WILHELMSSON, T., «The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 1, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), p. 95. La precisión apuntada sobre los términos empleados por la Directiva en su art. 3.2. I –*siempre (...) por lo tanto*– no es apreciable en la traducción española oficial, según la cual «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido».

<sup>63</sup> El pfo. 1.º, tras elaborar la noción de cláusula no negociada individualmente, finaliza diciendo que «(...) particularly in the context of a pre-formulated *standard contract*». Por su parte, el pfo. 2.º salva la aplicación del test de abusividad sobre el contrato que, aun contando con alguna cláusula negociada individualmente (ya sea parcialmente o en todos sus extremos), apreciado globalmente conduzca a la conclusión de que «(...) is nevertheless a pre-formulated *standard contract*», precisamente porque para la Directiva los contratos de adhesión son caldo de cultivo de cláusulas no negociadas individualmente.

<sup>64</sup> Señala GIMÉNEZ COSTA, A. («II-1:109: Condiciones Generales de la contratación», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 118) que el art. 3.2 Directiva 93/13 menciona la categoría de condición general, junto a la de contratos de adhesión, como dos tipos que ejemplifican el concepto de cláusulas no negociadas individualmente. Esto ya fue puesto de manifiesto por PFEIFFER/EBERS («Art. 6:101», 2007, p. 215), indicando que los ACQP siguen la Directiva 93/13 a este respecto.

<sup>65</sup> Que dispone «where any seller or supplier claims that a *standard term* has been individually negotiated, the burden of proof in this respect shall be incumbent on him». En la versión española oficial, además de cambiar *seller or supplier* por «profesional» (lo que también ocurre en su definición del art. 2 c.), se ha traducido *standard term* como «cláusula tipo» en vez de «condición general», optándose así por una traducción más literal pero menos ilustrativa para nosotros.

Los PECL van en camino inverso: no formulan tal concepto, pero se refieren de forma indirecta a las cláusulas no negociadas individualmente al definir las condiciones generales<sup>66</sup>, siguiendo en este sentido a los PICC [arts. 2:209(3) PECL y 2.1.19(2) PICC<sup>67</sup>]. En ambos textos la *falta de negociación* de la cláusula es requisito de su consideración como «condición general» («cláusula estándar» en la terminología de los PICC), pero sin embargo no precisan qué ha de entenderse por tal. En el Comentario al art. 2.1.19 PICC se indica que tal requisito supone que las condiciones generales deben aceptarse como un todo, de manera que no lo cumplen las estipulaciones que *pueden* discutirse<sup>68</sup>; por tanto cabe extraer que para los PICC una cláusula no negociada sería aquella propuesta por una parte y que la otra ha tenido que aceptar sin posibilidad de discutir su contenido<sup>69</sup>.

Para encontrar en los PECL elementos que nos permitan mantener un criterio similar hay que acudir al art. 4:110, relativo a las cláusulas abusivas, concretamente a su Comentario (*F*), donde consta que una cláusula se entiende negociada individualmente cuando haya sido objeto explícito de negociaciones, pudiendo de ellas resultar que la cláusula propuesta sea modificada o suprimida, o bien que permanezca tal y como estaba redactada<sup>70</sup>; de donde se deduce que lo decisivo para diferenciar una cláusula negociada de otra no negociada individualmente es la posibilidad o imposibilidad de influir en su contenido: si se tuvo la oportunidad de discutir concretamente esa cláusula se entendería negociada individualmente, con independencia de que finalmente haya cambiado o no su contenido original; por el contrario, si la cláusula se presenta como un resultado final que se ha de aceptar tal cual como parte del contrato, tal cláusula debería considerarse no negociada individualmente. Con todo, en dicho Comentario se advierte que la consideración de una cláusula como negociada o no individualmente dependerá de las circunstancias del caso<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> También al tratar: el deber de advertencia sobre el clausulado (art. 2:104), la *merger clause* (art. 2:105), las cláusulas abusivas (art. 4:110), la interpretación *contra proferentem* (art. 5:103), y la preferencia por los términos negociados (art. 5:104).

<sup>67</sup> Aunque ambos preceptos emplean distinta terminología sobre las condiciones generales (*general conditions of contract* en PECL, *standard terms* en PICC), la idea es la misma: cláusulas redactadas/preparadas con antelación para una pluralidad de contratos de cierta clase (PECL)/su uso general y repetido (PICC), y que *no han sido negociadas individualmente entre las partes* (PECL)/*son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte* (PICC).

<sup>68</sup> PICC, «Art. 2.1.19 – Comment», 2010, p. 66.

<sup>69</sup> Comparte este criterio GIMÉNEZ COSTA, «II.-1:110: Cláusulas no negociadas individualmente», en VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 125.

<sup>70</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 388 (p. 269 en LANDO/BEALE, *op. cit.*).

<sup>71</sup> Sin mayor precisión se señala que una cláusula de las condiciones generales que se repita en diversos contratos se considerará normalmente como no negociada individualmente, y que una cláusula escrita a mano en un único contrato se considerará negociada individualmente, «*no obstante, en el caso*

A medio camino entre PICC y PECL está la PMCC: se refiere de forma indirecta a las cláusulas no negociadas individualmente al definir las condiciones generales (*idem* PICC y PECL), para lo cual toma el concepto recogido en PICC, y sin formular una noción de dichas cláusulas emplea la categoría al tratar las cláusulas abusivas (art. 1262 PMCC), al igual que PECL (art. 4:110). El art. 1261.1. I PMCC establece que las condiciones generales son «*cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente*»<sup>72</sup>, dando así un concepto distinto al vigente, sin hacer referencia expresa al elemento de imposición (definidor de las condiciones generales *ex* art. 1.1 LCGC junto a la predisposición y generalidad), como también ocurre en ACQP [art. 6:101(3)] y DCFR (art. II.-1:109). La diferencia es que mientras en estos textos europeos la imposición ya va implícita al conceptualizar la condición general como una cláusula que no ha sido negociada individualmente, pues ofrecen una definición de esta en que está presente la imposición (como imposibilidad de influir en su contenido), la PMCC carece de noción alguna al respecto, y si bien es cierto que remite a la legislación especial cuando el adherente sea consumidor (art. 1262.5 PMCC), también lo es que el TRLCU está huérfano de dicha noción. También prescinde del elemento de imposición para definir las condiciones generales el art. 33 CEC, que de hecho no las conceptúa expresamente como cláusulas no negociadas individualmente<sup>73</sup> (categoría que solo se encuentra, sin definirla y de forma indirecta, en el art. 30.5 CEC, sobre contenido abusivo en contratos B2C), igual que hace el art. 430-1 PCM en su aptdo. 1, aunque advierte su aptdo. 2 que las condiciones generales dejan de serlo ante una negociación individualizada<sup>74</sup>.

---

*concreto puede ser de otra manera, atendidas las circunstancias*» (LANDO/BEALE, *ib.*). Partiendo del art. 4:110 PECL, y su Comentario, por comparación con el art. 6:233(a) BW –que sería la norma equivalente–, DE VRIES puso de manifiesto la diferencia con el Derecho holandés, donde las cláusulas negociadas individualmente pueden constituir condiciones generales, por lo que cabría su impugnación bajo el art. 6:233(a) BW, señalando como preferible el criterio de los PECL; DE VRIES, G. J. P., «Are The Principles of European Contract Law better than Dutch Contract Law?», en HESSELINK, M. W./DE VRIES, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, La Haya, 2001, pp. 143 y 144. Es de resaltar que el actual art. 6:231(a) BW no recoge el requisito de falta de negociación al definir las condiciones generales, al contrario que el art. 2:209(3) PECL, como tampoco lo recoge el art. 6:233 BW y sí el art. 4:110 PECL.

<sup>72</sup> La formulación es casi idéntica a la recogida en art. 2.1.19(2) PICC: cláusulas «*preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte*».

<sup>73</sup> Dispone que condiciones generales son cláusulas «*préparées par l'une des parties en vue de réglementer de manière uniforme une pluralité de rapports contractuels*», esto es, preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas.

<sup>74</sup> Dispone el art. 430-1, aptdo. 1, que «*Son condiciones generales las predisuestas por una de las partes para su utilización inalterada en una o varias categorías de contratos*», y su aptdo. 2 que «*Las*

La regulación más completa la ofrecen, por tanto, ACQP y DCFR. Los ACQP dedican todo un capítulo a las cláusulas no negociadas (Capítulo 6, arts. 6:101–6:306), cuyo ámbito de aplicación son las cláusulas no negociadas individualmente, *incluidas las condiciones generales* (*standard terms* en la terminología de ACQP<sup>75</sup>), según reza el art. 6:101(1), precisamente porque una condición general es una cláusula no negociada individualmente, y así queda claro en los aptdos. 2 y 3 del art. 6:101 ACQP: aquel proporciona una definición de cláusula no negociada individualmente que sigue esencialmente la recogida en Directiva 93/13, hasta tal punto que, al igual que esta, menciona la categoría de contrato de adhesión (*standard contract*), sin llegar a definirla, como ejemplo típico; el siguiente apartado (3) conceptúa la condición general como *cláusula que, preformulada para varias transacciones con diferentes partes, no ha sido negociada individualmente*, poniendo de relieve en suma que tanto los contratos de adhesión como las condiciones generales son categorías que ejemplifican las cláusulas no negociadas individualmente<sup>76</sup>. Esto mismo hace el DCFR en su art. II.-1:109, al dar una definición de condición general idéntica a la del art. 6:101(3) ACQP, y casi idéntica a la que de esta disposición se contendía en *Contract I*, donde la diferencia era la nota de contractualidad que no aparece en el DCFR<sup>77</sup> (reproducción exacta de tal concepto se recoge en FS y, añadiendo la contractualidad, en CESLR<sup>78</sup>); seguramente por querer prescindir del

---

*condiciones generales dejan de serlo cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva».*

<sup>75</sup> Nótese el cambio que en este sentido se da en *Contract II* respecto al *Contract I*, donde el art. 6:101 hablaba de «*standard contract terms*» en sus aptdos. 1 y 3. Este ha sido uno de los preceptos cuya redacción ha experimentado una ligera variación al pasar al *Contract II*, en cuyas pp. 477-479 se contiene la *Table of Derivations*, donde pueden verse los cambios generales entre ambos volúmenes de los ACQP, que, respecto a las disposiciones existentes en *Contract I*, algunas se retocan levemente y otras se reformulan, si bien se mantiene la redacción de la mayoría, incidiendo más este segundo volumen en introducir nuevas disposiciones en los Capítulos preexistentes (1-7) y recoger el nuevo Capítulo 8.

<sup>76</sup> En el Comentario al art. 6:101 ACQP se afirma que, efectivamente, los ACQP siguen la Directiva 93/13 a este respecto: *vid.* PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, pp. 214-215, 2009, pp. 298-299, añadiendo que la Directiva, al igual que deja claro que ambas categorías se incluyen en la general de cláusulas no negociadas individualmente, también debería aclarar que un contrato de adhesión es un contrato que comprende condiciones generales. Esto, sin embargo, no será siempre así, ya que, si bien es cierto que todo contrato con condiciones generales es un contrato de adhesión, no todo contrato de adhesión contiene condiciones generales, pues existen contratos de adhesión particulares, donde la preformulación del clausulado no lo ha sido para una generalidad de contratos, sino para uno en concreto.

<sup>77</sup> El art. II.-1:109 DCFR se refiere a las condiciones generales como «*standard terms*», mientras que el art. 6:101(3) ACQP lo hacía como «*standard contract terms*» en *Contract I*, donde los comentaristas oficiales indicaban que, debido a la estructura de los ACQP, las disposiciones del Capítulo 6 resultaban aplicables a las cláusulas «contractuales», lo cual no quería decir que las cláusulas estándar en otros instrumentos (por ejemplo, poderes, recibos) quedaran fuera, de hecho no lo estarán si su función fuese similar a una cláusula contractual (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 217).

<sup>78</sup> La definición del art. 2(17) FS es calcada a la del art. II.-1:109 DCFR. En el FS *rev.* se optó por añadir la nota de contractualidad al concepto de condiciones generales [art. 5(5) FS *rev.*], y así pasó al

acotamiento a las cláusulas «contractuales», el art. II.-1:110(1) DCFR, definidor de las no negociadas individualmente<sup>79</sup>, no pone como tipo ilustrativo los contratos de adhesión.

Prescindiendo ambos textos del referente de consumo del art. 3.2. I Directiva 93/13<sup>80</sup>, siguen su mismo criterio al caracterizar la cláusula no negociada individualmente por la imposibilidad de influir en su contenido. El art. 6:101(2) ACQP incluye expresamente en tal criterio un elemento de causalidad: dicha imposibilidad debe ser consecuencia de que la cláusula haya sido redactada previamente<sup>81</sup>. En cambio, el art. II.-1:110(1) DCFR pone la redacción previa a modo de ejemplo, en el sentido de que normalmente no se puede influir en el contenido de una cláusula si la otra parte la ha prerredactado, ya sea como parte de condiciones generales o no<sup>82</sup> (exactamente igual el art. 5(1) FS y, prescindiendo del ejemplo de la redacción previa y de la indiferencia sobre formar parte de condiciones generales, el art. 7.1 CESL<sup>83</sup>). En los Comentarios a estos preceptos se especifica que una cláusula ha sido redactada con antelación si su contenido es fijado por quien la utiliza «antes de las negociaciones»<sup>84</sup>, que solo una negociación *real y significativa* sobre la cláu-

---

art. 2 CESLR, inicialmente en su letra *d*), cambiando ubicación a la letra *f septies*) con la *RPE 2014* (enmiendas 30 y 38).

<sup>79</sup> Como se advierte en los Comentarios al art. II.-1:110 DCFR, su aptdo. 1 no se limita a las cláusulas de un contrato, de modo que las presentes en otros instrumentos también están cubiertas (*DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 161).

<sup>80</sup> El art. 6:101 ACQP se aplica a todos los contratos, con independencia de que en el Capítulo 6 estén previstas reglas específicas para transacciones B2C [arts. 6:101(2), 2.º inciso, 6:201(4), 6:304 y 6:305] y B2B [art. 6:301(2)], de hecho el resto de disposiciones de dicho capítulo se aplican a todo tipo de contratos (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 215, 2009, p. 299). Por su parte, el art. II.-1:110 DCFR tampoco restringe su aplicación a las relaciones B2C, si bien para estas prevé reglas específicas en sus aptdos. 4 y 5 (*DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 163).

<sup>81</sup> Dispone el art. 6:101(2) que «A term supplied by one party (the user) is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content *because* it has been drafted in advance...». No obstante, se advierte que este criterio de causalidad no requiere que la redacción anticipada sea la única razón de la imposibilidad de influir en la cláusula (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 218, 2009, p. 302).

<sup>82</sup> *DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 162. Establece el art. II.-1:110(1) que «A term supplied by one party is not individually negotiated if the other party has not been able to influence its content, *in particular because* it has been drafted in advance, *whether or not as part of standard terms*».

<sup>83</sup> Para el art. 7.1 CESL una cláusula contractual no se ha negociado individualmente «if it has been supplied by one party and the other party has not been able to influence its content», recogiendo así la misma definición que el art. 8.1 FS *rev.*, no así del art. 5(1) FS, que es idéntica a la del art. II.-1:110(1) DCFR, esto es, sin la nota de contractualidad, poniendo como ejemplo de la falta de negociación individual la prerredacción y recogiendo la advertencia de que una cláusula no negociada individualmente puede ser o no una condición general [en cambio, una condición general será siempre una cláusula no negociada individualmente: arts. II.-1:109 DCFR y 2(17) FS].

<sup>84</sup> Momento que se refiere a la eventual discusión sobre la cuestión regida por la cláusula, no necesariamente a todo el proceso negociador (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 218, 2009, p. 301; *DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 162). Apunta GIMÉNEZ COSTA («II.-1:110», *op. cit.*, p. 127) que el momento decisivo no es, por tanto, el de la incorporación de la cláusula sino el de su redacción, a los

sula excluye su consideración como no negociada, y que una negociación será real y significativa si se ofrece la oportunidad de influir en la cláusula <sup>85</sup>.

El hecho de que no haya cambiado su contenido no es lo relevante para distinguir las cláusulas negociadas de las no negociadas individualmente <sup>86</sup>, porque si bien es cierto que ello acontecerá en estas últimas, también puede darse en aquellas: el mantenimiento del contenido de las no negociadas se produce porque de hecho no hubo otra opción (la no modificación no es la causa sino la consecuencia), en las negociadas porque *pudiendo modificarse* finalmente se mantuvo su contenido. Esto fue objeto de debate en los *Workshops* de la conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives* <sup>87</sup>, donde se analizó el art. 3.2 Directiva 93/13, considerando una parte de la doctrina que, para admitir la existencia de negociación, la cláusula tipo tiene que haber sido modificada, mientras que otros autores sostenían que dicha cláusula podría considerarse como negociada aunque no fuese modificada, pareciendo aceptar esta última posición la dicción literal del pfo. 3.º del art. 3.2 Directiva 93/13 <sup>88</sup>.

### 2.2.2 Precisiones conceptuales. *Onus probandi* de la negociación, en el sistema nacional y en el moderno Derecho contractual europeo

Cláusula no negociada individualmente es aquella predispuesta e impuesta (impuesta en tanto que predispuesta según arts. 3.2. I Directiva 93/13 y 6:101(2) ACQP), que si ha sido formulada por el predisponente para varias transacciones tendrá la consideración de condición general [arts. 2.1.19(2) PICC, 2:209(3) PECL, 6:101(3) ACQP, II.-1:109 DCFR, 2(17) FS, 2.f septies) CESLR, 1261.1. I PMCC y 1 LCGC]. Como en España no hay un concepto legal, la doctrina trata

---

efectos de determinar si ha sido o no negociada, y, consecuentemente, de acuerdo con esta teoría, una cláusula redactada con antelación sería siempre una cláusula no negociada individualmente.

<sup>85</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 217, 2009, p. 301; *DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 162.

<sup>86</sup> Lo relevante es la *posibilidad* o no de influir en su contenido, no que finalmente no se haya cambiado, con independencia de que será por lo general una indicación de la existencia de dicha posibilidad el que la cláusula haya cambiado sustancialmente (esto mismo, sobre la existencia de negociaciones reales y significativas, en *DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 162); indicación que no es certeza, ya que la modificación puede haberse hecho unilateralmente por quien la dispuso.

<sup>87</sup> Celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999, y cuyos resultados fueron publicados en el año 2000: *vid. EUROPEAN COMMISSION, The «Unfair Terms» Directive, five years on – Evaluation and future perspectives* (accessible en <http://ec.europa.eu>).

<sup>88</sup> Ya que poner la carga de la prueba de la negociación en el profesional implica que esta prueba se permite: WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 96, quien no obstante advierte que este artículo debe interpretarse de forma restringida, de manera que una *standard term* no modificada nunca debería considerarse como negociada individualmente debido a la clara afirmación del pfo. 1.º del art. 3.2 Directiva 93/13.

de acotarlo partiendo de la noción de condición general *ex art. 1 LCGC*, haciendo una delimitación negativa, esto es, sin el requisito de generalidad. No obstante, entendemos que, más que distinguir entre «condición general» y «cláusula no negociada individualmente», sería más procedente hacerlo entre condiciones generales y cláusulas de adhesión particular, que es lo que hace la LCGC en su Exposición de Motivos, refiriéndose a los *contratos de adhesión particulares*, aunque después no usa este término en su articulado, pues solo regula la contratación con condiciones generales. Y tampoco lo usa el TRLCU por la pretensión legislativa de que el enjuiciamiento de abusividad abarque todo tipo de cláusulas en contratos B2C sin distinción, tengan su origen en la adhesión a un articulado predispuesto generalizado o particular (así se deduce del art. 82.1 TRLCU).

Condiciones generales y cláusulas de adhesión particular son cláusulas no negociadas individualmente, en el sentido de predispuestas e impuestas. Lo que las diferencia, siguiendo la Exposición de Motivos de la LCGC, es la preparación con vistas a su utilización única o generalizada por el predisponente: si lo han sido para ser usadas en una pluralidad de contratos serán condiciones generales y se someterán a la LCGC, no así de estar predispuestas para un único contrato, tratándose entonces de cláusulas de adhesión particular, y en ambos casos será de aplicación el TRLCU si el adherente es consumidor.

Predisposición e imposición no tienen por qué coincidir, si bien es cierto que la posibilidad de cláusulas predispuestas no impuestas es bastante remota<sup>89</sup>. Se refieren a dos circunstancias que, de concurrir, lo harán pasando primero por una y después por la otra: la predisposición supone la preparación previa de la cláusula, esto es, antes de la celebración del contrato; la imposición significa, como ha dicho el Tribunal Supremo, la imposibilidad de influir en la supresión de la cláusula o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente en contratar con dicha cláusula o se debe renunciar a contratar<sup>90</sup>, sin requerirse que el consumidor oponga resistencia ni que carezca de la opción de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula, y sin que excluya su carácter impuesto la mayor o menor formación del consumidor, pues ello no incide en la posibilidad de negociarla<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Las razones las apunta ALFARO, «Art. 1», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 122-125.

<sup>90</sup> Noción de imposición recogida en la STS 9.5.2013 [aptdo. 165 a)], que, además, aclara que «imposición del contenido» del contrato no puede identificarse con la «imposición del contrato», en el sentido de obligar a contratar: es el consumidor quien deberá decidir si contrata o no, pues una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre, y otra identificar tal consentimiento con la previa existencia de negociación individualizada del mismo (aptdo. 151).

<sup>91</sup> STS 29.4.2015, FJ 9.º, ptos. 9 y 10. El TS desmontaba así la tesis mantenida por el banco recurrente, según la cual no podía considerarse impuesta la cláusula cuestionada ante la formación (funciona-

En el ámbito de protección específica del consumidor se presume la imposición si existe predisposición del clausulado<sup>92</sup> (el origen es el art. 3.2. I Directiva 93/13), presunción legal contenida en art. 82.2. II TRLCU en tanto que dispensa al consumidor de probar que la cláusula fue impuesta: la carga probatoria de su carácter negociado corresponde al profesional, regla heredada del art. 3.2. III Directiva 93/13, que fue introducida por primera vez en la Propuesta modificada de 1992<sup>93</sup>. Téngase en cuenta que, aunque no existiese esta previsión legal, no cabría asignar al consumidor la demostración de un hecho negativo (la ausencia de negociación), porque ello supondría una *probatio diabolica* que, como indica el Tribunal Supremo, reproduciendo doctrina constitucional (STC 20.11.2006), vulneraría el derecho a la tutela efectiva<sup>94</sup>.

Los ACQP y el DCFR, sin embargo, no limitan el reparto del *onus probandi* a las relaciones B2C. En los ACQP la carga probatoria de la negociación de una cláusula tipo corresponde siempre al predisponente, cualquiera que sea el adherente, ya que el art. 6:101(4) no hace distinción al respecto<sup>95</sup>. El DCFR contiene una regla general, aplicable a todo clausulado estándar con independencia de quienes sean las partes, según la cual compete al predisponente demostrar que la cláusula inicialmente propuesta como parte de condiciones generales fue objeto de negociaciones individuales desde entonces [art. II.-1:110(3)]<sup>96</sup>; y una

---

rio de carrera) y experiencia financiera (al ser titular de otros productos bancarios) de su cliente: *ib.*, ptos. 7 y 8. Y respecto a la conducta exigible al consumidor, ya advirtió en STS 9.5.2013 (aptdo. 149) la superación de la doctrina anterior a la transposición de la Directiva 93/13: «cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual sea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción (...) -lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que «[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva». En definitiva, la norma vigente (...) no exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas «no negociadas individualmente»».

<sup>92</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 150: «Es cierto que, como apunta la citada STS 406/2012, de 18 de junio, debe distinguirse entre el hecho de participar en la redacción del contrato y el carácter negociado de una cláusula contractual, pero también lo es que, a efectos de la tutela de los consumidores, las cláusulas contractuales prerredactadas, sean condiciones generales –sometidas a la LCGC– o particulares –no sujetas a dicha norma–, deben entenderse impuestas cuando no han sido negociadas individualmente».

<sup>93</sup> El art. 3 de la Propuesta modificada de 1992 se dedicaba a las cláusulas sin negociación separada (y el art. 4 al clausulado objeto o no de negociación individual), previendo en su aptdo. 2, pfo. 3.º, «Any seller or supplier who claims that a term has been individually negotiated shall thereby wholly assume the burden of proof». Como vemos, tal redacción prescindía de la referencia a la cláusula tipo (*standard term*) que consta en el vigente art. 3.2. III Directiva 93/13.

<sup>94</sup> STS 15.2.2012 (aptdo. 35), citada por STS 9.5.2013 (aptdo. 164), y esta a su vez por STS 29.4.2015 (FJ 7.º, pto. 3).

<sup>95</sup> «If it is disputed whether a term supplied as part of standard terms has been individually negotiated, that user bears the burden of proving that it has been individually negotiated» (en *Contract I* su tenor era: «The user bears the burden of proof for its claim that a standard term has been individually negotiated»). Además, como dijimos, el art. 6:101 es aplicable a todos los contratos: *vid. supra* n. 80.

<sup>96</sup> Establece que «If it is disputed whether a term supplied by one party as part of standard terms has since been individually negotiated, that party bears the burden of proving that it has been». Como indican

regla especial, aplicable solo a contratos B2C (con o sin condiciones generales), que determina que corresponde al empresario la carga de probar que la cláusula predispuesta por él ha sido negociada individualmente [art. II.-1:110(4)]<sup>97</sup>. Por seguir al DCFR, tanto el FS como la CESL contienen sendas reglas: la general, en los arts. 5(3) FS y 7.3 CESL; la especial, en los arts. 5(4) FS y 7.4 CESL.

Además, el DCFR proporciona otras reglas relacionadas con la prueba: por un lado, evita cualquier controversia sobre la negociación basada en que una cláusula haya sido meramente elegida entre las que conformaban un listado aportado por una de las partes, pues en tal caso no se considerará negociada individualmente según el art. II.-1:110(2)<sup>98</sup>, regla también presente en arts. 5(2) FS y 7.2 CESL; por otro lado, previendo la posibilidad de que una o más cláusulas hayan sido redactadas por tercero, se considera en el ámbito B2C que tales cláusulas han sido predispuestas por el empresario, a menos que las haya incorporado el consumidor [art. II.-1:110(5) DCFR, reproducido en arts. 5(5) FS y 7.5 CESL], regla también prevista en ACQP [art. 6:101(2), 2.º inciso]<sup>99</sup>. Por tanto, la autoría material de las cláusulas es irrelevante en orden a la prueba de su carácter negociado en el ámbito B2C: la discusión no va a versar sobre si las ha incorporado el empresario o un tercero, porque se las presume predispuestas por aquel, sino si lo ha hecho el consumidor, en cuyo caso el empresario deberá probar este extremo, y, de no lograrlo, también le competirá probar que dichas cláusulas se han negociado individualmente. Con esta última regla,

---

los Comentarios al art. II.-1:110, el pfo. 3.º ha de leerse en el sentido antes dicho, de manera que si el predisponente no prueba las negociaciones individuales (que además han de ser reales y significativas, según vimos antes), se considerará que la cláusula es una condición general, esto es, una cláusula no negociada individualmente preformulada para varias transacciones con diferentes partes (*DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 163).

<sup>97</sup> Dispone que «*In a contract between a business and a consumer, the business bears the burden of proving that a term supplied by the business has been individually negotiated*». Tanto este pfo. 4.º como el 3.º del art. II.-1:110 solo se refieren a la determinación de cuál de las partes tiene que presentar pruebas y soportar las consecuencias de la falta de certeza fáctica sobre las negociaciones individuales; el nivel de prueba debe determinarse de conformidad con la ley procesal aplicable (*DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», p. 163). Lo dicho también es predicable respecto al art. 6:101(4) ACQP (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 218, 2009, p. 302).

<sup>98</sup> Establece que «*If one party supplies a selection of terms to the other party, a term will not be regarded as individually negotiated merely because the other party chooses that term from that selection*». Dado que la libertad para influir en el contenido del contrato se limita a seleccionar una de las cláusulas proporcionadas por la otra parte, no se entiende que aquí haya una negociación real y significativa por el mero hecho de escoger una del «menú de cláusulas» (*DCFR, Full Edition*, «II.-1:110», pp. 162-163). Por tanto, quien ha proporcionado tal menú no podrá valerse del mismo como prueba de la negociación, con independencia de que pueda tratar de probarla si no se basa en la mera elección del listado predispuesto.

<sup>99</sup> De hecho, la formulación de la regla contenida en art. II.-1:110(5) DCFR sigue, con leve variación formal, la del art. 6:101(2). II ACQP: «*In contracts between a business and a consumer, if terms have been drafted by a third person, the business is considered to be the user (ACQP)/terms drafted by a third person are considered to have been supplied by the business (DCFR), unless the consumer introduced those terms to the contract*».

tanto los ACQP como el DCFR vienen a plasmar expresamente lo que deviene obvio a partir del art. 3.2 Directiva 93/13, esto es, que resulta indiferente si la cláusula fue introducida por el propio empresario<sup>100</sup>, ya que dicho precepto no lo exige; lo único que requiere, a efectos de considerarla como no negociada individualmente, es que su incorporación al contrato haya sido impuesta.

Dado que PICC, PECL y CEC no prevén una regulación específica de las cláusulas no negociadas individualmente, tampoco contemplan norma alguna sobre prueba del carácter negociado, ni siquiera cuando tratan las condiciones generales. Este no es el caso de PMCC, en la que «*la prueba de la existencia de una negociación individual corresponde al predisponente*», según dispone su art. 1261.1 (pfo. 2.º), que no está limitado a los contratos B2C, pero se refiere a la contratación en masa, de hecho en él se contiene la definición de condiciones generales (pfo. 1.º).

Realmente las regulaciones que tratan la carga probatoria de la negociación individual se centran en las condiciones generales *cuando no se circunscriben al ámbito B2C*: los arts. 6:101(4) ACQP y II.-1:110(3) DCFR hablan de *standard terms* [como denominan ambos textos a las condiciones generales, *ex* arts. 6:101(3) ACQP y II.-1:109 DCFR], así como el art. 5(3) FS y, de *standard contract terms*, el art. 7(3) CESL [cláusulas estándar y cláusulas contractuales estándar son como denominan las condiciones generales, respectivamente, los arts. 2(17) FS y 2.f *septies* CESLR]. Sin embargo, en el ámbito B2C, el *onus probandi* de una eventual negociación se refiere a todas las cláusulas no negociadas individualmente, sean o no condiciones generales [arts. II.-1:110(4) DCFR, 5(4) FS y 7(4) CESL, no así ACQP y PMCC porque no prevén reglas específicas para B2C en materia probatoria], con una excepción: la propia Directiva 93/13, en su art. 3.2. III, pone en el profesional la carga de la prueba del carácter negociado de una *standard term*, lo que ha sido interpretado como una referencia propia a las condiciones generales<sup>101</sup>. Como sabemos, la transposición de esta regla no se contiene en la LCGC, sino en el TRLCU, dentro del capítulo dedicado a las cláusulas abusivas, cuyo art. 82.2. II prescinde de la

---

<sup>100</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:101», 2007, p. 218, 2009, p. 302; DCFR, *Full Edition*, «II.-1:110», pp. 162-163. En España, la indiferencia sobre la autoría del clausulado se proclama respecto a su consideración como condiciones generales, de hecho, toda cláusula predispuesta para una pluralidad de contratos y cuya incorporación haya sido impuesta será considerada condición general, con independencia no solo de su *autoría material*, sino también «de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias» (art. 1.1 LCGC).

<sup>101</sup> Así, WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 96, para quien la regla se centra en las condiciones generales que hayan sido modificadas, de donde extrae que incluso en este caso el hecho de que una cláusula se haya modificado no implica automáticamente que haya sido negociada con el consumidor.

referencia a la «cláusula estándar» que hace el art. 3.2. III Directiva 93/13<sup>102</sup>, seguramente con la pretensión de que la presunción de no negociación abarque todas las cláusulas no negociadas individualmente con consumidor.

Conviene tener presente que la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008, la cual pretendía refundir, en un instrumento de plena armonización, cuatro directivas, entre ellas la 93/13/CEE, no contemplaba norma equivalente a la prevista en el art. 3.2. III de esta última, a pesar de que el capítulo V de la Propuesta («*Derechos del consumidor relativos a las cláusulas contractuales*») centraba su ámbito de aplicación en las cláusulas no negociadas individualmente<sup>103</sup>, de manera que el reparto de la carga probatoria se dejaría así a determinación de los Estados miembros<sup>104</sup>. Con todo, finalmente la Directiva 2011/83 no llevó a cabo la inicialmente prevista derogación de la Directiva 93/13, lo que supuso la supresión del capítulo V de la Propuesta junto con las listas negra y gris de cláusulas abusivas que se contemplaban en los Anexos II y III de aquella, limitándose la modificación –que no ya derogación– de la Directiva 93/13 a la adición de un art. 8 *bis* (art. 32 Directiva 2011/83). Por tanto, aunque la Propuesta «prometía» cambios en las materias reguladas por las Directivas 85/577/CEE, 97/7/CE, 99/44/CE y 93/13/CEE, respecto a esta última terminó dejando incólume su articulado –tan solo la adición mencionada– y, con ello, la regla sobre el *onus probandi* de la negociación de la cláusula, consecuencia de la exclusión de las negociadas de su ámbito de aplicación<sup>105</sup>.

La posibilidad de probar la negociación, como elemento excluyente del enjuiciamiento de abusividad (pues la Directiva 93/13 lo limita al clausulado no negociado y nuestro ordenamiento así lo sigue), ha generado, no obstante,

<sup>102</sup> *Vid. supra* n. 65.

<sup>103</sup> Concretamente, art. 30.1 de la Propuesta, que no usaba la locución «cláusula no negociada individualmente», pero la idea era la misma: centrar el objeto de regulación en las cláusulas predispuestas por el profesional e impuestas al consumidor, privado de cualquier opción de influir sobre su contenido. Así, CARBALLO FIDALGO, M., «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», en *InDret*, 1/2010, p. 8; no obstante, MICKLITZ advertía que la redacción del art. 30 dejaba espacio para la interpretación, *vid.* MICKLITZ, H.-W., «The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts», en *EUI – LWP*, 2010/12, agosto 2010 (accessible en <http://cadmus.eui.eu>), pp. 17 y 18. Sea como fuere, el texto de la propuesta fue modificado el 24.3.2011, introduciendo en el art. 30.1 dicha locución, a través de la enmienda n.º 169. La Propuesta modificada (T7-0116/2011) es accesible en [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>104</sup> CARBALLO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>105</sup> Exclusión que, no obstante, podría obviarse por los Estados, en virtud de la «cláusula de mínimos» del art. 8 Directiva 93/13, que sigue intacto. De hecho, el añadido art. 8 *bis* impone un deber de información a la Comisión por parte de los Estados que, en virtud de dicha «cláusula de mínimos» hagan extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas negociadas individualmente. No solo esto, sino también la posible extensión nacional de la evaluación de abusividad a la adecuación del precio o de la remuneración, y cambios en las listas nacionales de cláusulas abusivas.

cierta inseguridad jurídica, como demuestra el hecho de que haya tenido acogida en sede judicial la defensa empresarial consistente en puras alegaciones –sin real contrapartida probatoria de efectiva negociación–, como por ejemplo la referente a que la existencia de una pluralidad de ofertas contractuales (esto es, contratos con y sin la cláusula controvertida) y la teórica posibilidad de escoger entre ellas, equivale a negociación individual susceptible de eliminar la consideración de cláusula no negociada individualmente<sup>106</sup>, de manera que, probando dicha existencia –aportando plurales ofertas de contrato, procedentes del mismo o distintos empresarios–, se colmaría la carga de probar la negociación individual.

No ha sido hasta tiempos recientes cuando el Tribunal Supremo ha declarado la futilidad de esta concreta defensa como «prueba» de la negociación<sup>107</sup>, y ha venido a asentar últimamente una cierta presunción jurisprudencial de que, al menos en determinados sectores (bancario, seguros, suministros de energía, teléfono e internet y primera venta de viviendas, son los citados *ad exemplum* por el TS), la contratación B2C se realiza mediante cláusulas pre-dispuestas e impuestas, *ergo* no negociadas individualmente, susceptibles por tanto de control de abusividad salvo que se pruebe, en contra de lo que notoriamente es habitual en dichos sectores, la existencia de negociación y las contrapartidas que el concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional<sup>108</sup>.

En nuestro país no existe voluntad política para erradicar los problemas interpretativos a que aboca un sistema que hace distinción entre cláusulas negociadas y no negociadas como factor determinante del juicio de abusividad, por la vía de extender la evaluación de abusividad al clausulado negociado, y la prueba más evidente es que se dejó pasar la oportunidad brindada al transponer la Directiva 2011/83, incorporada al ordenamiento interno por Ley

---

<sup>106</sup> Otro ejemplo sería la alegación de que el cumplimiento de la normativa administrativa de transparencia implica que la cláusula ha sido libremente negociada. Muestra del acogimiento de tales argumentos es la SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5.º), que falló en contra de la ilicitud de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios de determinadas entidades financieras, las cuales emplearon, entre otros, los referidos argumentos, que, sin embargo no tuvieron éxito en primera instancia, donde el JM n.º 2 de Sevilla (sentencia de 30.9.2010) fue pionero en estimar la abusividad de dicha cláusula. La disparidad de criterios judiciales sobre esta defensa de los bancos fue proporcional a multitud de pronunciamientos dispares sobre la eventual abusividad de tal cláusula, como veremos más adelante.

<sup>107</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 165, letras b), c) y d).

<sup>108</sup> STS 22.4.2015, FJ 3.º, pto. 3, y STS 29.4.2015, FJ 7.º, ptos. 4 y 5. En tales sectores, donde –ha dicho el TS– es notorio el uso de condiciones generales predeterminadas por el empresario e impuestas al consumidor, no bastaría para aceptar lo contrario con incluir en el contrato un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones estereotipadas que afirmen su carácter negociado, ni con realizar en el pleito argumentaciones de orden conceptual, jurídico, sobre la negociación individual (*ib.* y sentencias ahí citadas).

3/2014, de 27 de marzo<sup>109</sup>, cuyo art. 32 supone una plasmación expresa de dicha posibilidad, que si bien estaba latente en la «cláusula de mínimos» *ex* art. 8 de la Directiva 93/13, con el añadido art. 8 *bis* emerge como perfectamente factible. Frente al inmovilismo español, el ejemplo británico del que daremos cuenta a continuación.

### 2.2.3 Una revisión del control de abusividad que prescindiera del requisito de no negociación singular: el ejemplo británico

Según vimos anteriormente, los antecedentes de la Directiva 93/13 no contemplaban la limitación del control de abusividad a las cláusulas no negociadas individualmente, restricción que fue incorporada al final, cambio de postura en que tuvo mucho peso la doctrina alemana y la presión de las asociaciones empresariales. Ahora bien, es conveniente recordar que, después de su promulgación, la Comisión Europea cuestionó la conveniencia de extender la protección del consumidor a las cláusulas negociadas: así, en la ya citada conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later - Evaluation and future perspectives*<sup>110</sup>; en su Informe de 27.4.2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13<sup>111</sup> (en adelante, *Informe de 27.4.2000*); y en su «Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo»<sup>112</sup> (en adelante, *Libro Verde de 2007*).

En efecto, la Comisión puso de manifiesto que, en los Estados que no incorporaron la exclusión de las cláusulas negociadas de manera individual, no se plantearon problemas de orden práctico, advirtiendo que dicha exclusión nada aporta en términos de claridad y plantea en cambio dificultades de interpretación, no solo añade confusión al régimen, sino que propicia la inclusión por las empresas de cláusulas, igualmente impuestas, en las que el consumidor declara haber negociado y aceptado expresamente el contenido contractual. Recogiendo tales ideas, el EG creado posteriormente por la Comisión incluyó

<sup>109</sup> *Por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre* (BOE n.º 76, de 28.3.2014), en adelante, *Ley 3/2014*; cuya función de transposición se advierte en Preámbulo, I, y DF 5.ª (*ib.*, pp. 26967 y 26999, respectivamente).

<sup>110</sup> *Vid. EUROPEAN COMMISSION, The «Unfair Terms» Directive, five years on – Evaluation and future perspectives*, 2000, pp. 94-100.

<sup>111</sup> *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final [accesible en <http://eur-lex.europa.eu>], *vid.* III.1 a) en pp. 14 y 15.

<sup>112</sup> COM (2006) 744 final, en *DO C* 61, de 15.3.2007, pp. 1-23. *Vid.* Anexo I, pto. 4.4.1, pp. 11 y 12.

en su FS un control de abusividad para contratos B2C extendido a las cláusulas negociadas individualmente <sup>113</sup>.

No cabe duda de que este control extendido supondría que los consumidores estarían más protegidos, y esto es, precisamente, lo que posibilitaría un cambio en ese sentido. En efecto, el carácter de mínimos de la Directiva 93/13 (art. 8) permite a los Estados adoptar –o mantener– disposiciones distintas si ello supone un mayor nivel de protección y resulta compatible con los fines de la UE. Así, mientras que en España se acogió tal cual la limitación de la consideración de abusividad a las cláusulas sin negociación individual, en otros Estados miembros, como Francia (art. L.212-1 C.consom.), las cláusulas negociadas pueden ser abusivas. Contra dicha extensión se puede argumentar, si acaso, un correlativo menoscabo de la libertad contractual, pero esta última ya quedaría vaciada *ab initio* si el consumidor no lograra alcanzar las implicaciones de la negociación, con la sucesiva incertidumbre sobre cuándo una cláusula ha sido objeto de negociación individual, de lo cual se puede aprovechar la parte fuerte de la relación contractual, tanto en el momento de la celebración como en sede judicial.

Razones como estas llevaron a que en Reino Unido se fueran dando pasos hacia un control de las cláusulas negociadas –proceso culminado con la *Consumer Rights Act 2015* <sup>114</sup>, en adelante, CRA–, más allá del que ya era posible bajo la *Unfair Contract Terms Act 1977* <sup>115</sup> (en adelante, UCTA). Una reproducción exacta del art. 3.1 de la Directiva 93/13 se encontraba en la Reg. 5(1) de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (en adelante, UTCCR) 1999 <sup>116</sup>, que reemplazó la UTCCR 1994 <sup>117</sup>, norma de transposición de dicha Directiva, antes de la cual se desconocía en el ordenamiento británico un control basado en la «buena fe», estando hasta entonces controladas las cláusulas contractuales mediante el test previsto en la UCTA (S. 11), que ya supuso en 1977 un importante cambio en el Derecho contractual, en tanto que intervención legislativa sobre la libertad contractual, aunque circunscrito a las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad <sup>118</sup>. La UTCCR no derogó

---

<sup>113</sup> Vid. EUROPEAN COMMISSION, *A European contract law for consumers and businesses*, 2011, p. 8, cuestión 2, y Anexo IV, p. 49, Art. 81. En el FS rev. desapareció la posibilidad de considerar abusivas las cláusulas negociadas individualmente en contratos B2C, quizás fruto de las opiniones contrarias a la extensión inicialmente prevista (las contribuciones a la consulta son accesibles en <http://ec.europa.eu>); vid. EUROPEAN COMMISSION, *European Contract Law, Work in Progress*, 2011, p. 41, Art. 84.1.

<sup>114</sup> 2015 c. 15.

<sup>115</sup> 1977 c. 50.

<sup>116</sup> SI 1999/2083.

<sup>117</sup> SI 1994/3159.

<sup>118</sup> MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, 2005, p. 297.

la UCTA, dando ello lugar a la coexistencia de dos sistemas sobre *unfair terms* en Reino Unido: el de UTCCR, siguiendo las directrices de la Directiva (solo cláusulas no negociadas individualmente en contratos B2C, test de equidad –*fairness*– y lista gris), y el de UCTA, aplicable a contratos B2C, B2B y C2C, con independencia de que la cláusula fuera o no negociada (lo importante es que fuera limitativa o eximente de responsabilidad), sujetándola a un test de razonabilidad –*reasonableness*– con unas guías de aplicación.

Estas y otras divergencias entre UCTA y UTCCR fueron puestas de manifiesto por THE LAW COMMISSION y THE SCOTTISH LAW COMMISSION (en adelante, LC/SCL) en su informe *Unfair Terms in Contracts*, de 24.2.2005<sup>119</sup>, donde recomendaron la adopción de un régimen armonizado que reemplazara los contemplados en UCTA y UTCCR, conteniéndose al efecto en dicho informe un proyecto de ley sobre cláusulas contractuales abusivas (*Draft Unfair Contract Terms Bill*, en adelante UCTB)<sup>120</sup>, previendo un control de cualquier cláusula en contratos B2C, fuera o no negociada individualmente<sup>121</sup>, con la excepción de las relativas a elementos esenciales (*core terms*), que no serían revisables siempre que fueran transparentes y coincidieran sustancialmente con las expectativas razonables del consumidor al respecto<sup>122</sup>.

Tal extensión se reflejó en S. 4 UCTB, estableciendo que «*If a term of a consumer contract is detrimental to the consumer, the business cannot rely on the term unless the term is fair and reasonable*» [S. 4(1)]. El control propuesto se separaba del previsto en Reg. 5(1) UTCCR (y, por tanto, del art. 3.1 Directiva 93/13), no solo por permitir la impugnación de cualquier cláusula perjudicial para el consumidor, abstracción hecha de la negociación, sino además por la exigencia de que el clausulado fuera «justo y razonable», si bien en las *Explanatory Notes* de UCTB se advertía que la única diferencia de fondo era la extensión a las cláusulas negociadas: resultaba preferible la fórmula *fair and reasonable* en lugar de frases complejas traídas del art. 3.1 Directiva 93/13 (esto es, «*contrary to the requirements of good faith, [the term] causes a significant imbalance in the rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*»), siendo su significado, al parecer de LC/SCL,

<sup>119</sup> LAW COM n.º 292, SCOT LAW COM n.º 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005 (accessible en <http://lawcommission.justice.gov.uk>); *vid.* aptdos. 2.6 y 2.7 en pp. 9 y 10.

<sup>120</sup> *Vid.* LC/SCL, *Unfair Terms in Contracts*, 2005, Appendix A, pp. 135-209.

<sup>121</sup> Las razones de esta extensión son explicadas por LC/SCL en su informe de 2005: *vid.* aptdos. 3.50-3.55 en pp. 30 y 31.

<sup>122</sup> *Vid.* S. 4(2) y (3) UCTB. Sobre esta cuestión volveremos después en detalle (*vid. infra* epígrafe 2.4.2. B).

el mismo<sup>123</sup>. Se prescindía así de la referencia explícita a la «buena fe», sobre la base de que ello era posible –pues con el método empleado se alcanzaba en última instancia el resultado buscado por la Directiva– y deseable en un ordenamiento donde no era familiar ese concepto en esta área del Derecho<sup>124</sup>, que podía por tanto resultar confuso e inducir a error.

Sea como fuere, esos dos rasgos –no dependencia de negociación y requisito de razonabilidad– fueron tomados de S. 3 UCTA, aplicable a las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad, tanto negociadas como no, en contratos B2C, de manera que en S. 4 UCTB se mantendrían los niveles existentes de protección de los consumidores, evitando al mismo tiempo la complejidad de tener distintos conjuntos de normas –las relativas a cláusulas eximentes o limitativas y las referidas a otras cláusulas–, según constaba en las *Explanatory Notes*<sup>125</sup>. Y al igual que en la UCTA, para determinar si una cláusula era justa y razonable se tendrían en cuenta las circunstancias en el momento de la celebración [S. 11(1) UCTA y S. 14(1)(b) UCTB]<sup>126</sup>, esto es, lo que en UCTB se entendía por «equidad procesal», diferente de la «equidad sustantiva» que también debía considerarse en el *fair and reasonable test* de UCTB<sup>127</sup>; mas lo especialmente novedoso era la introducción de la transparencia como elemento a tener en cuenta en dicho test [S. 14(1)(a) UCTB], pues el hecho de que una cláusula no fuera transparente podía ser el principal, o *único*, motivo de no superar dicho test<sup>128</sup>. Tal es, por tanto, la importancia atribuida a la transparencia, que el UCTB dedicaba una disposición a explicar el significado de «transparente», que iba más allá de la exigencia de plasmación clara y comprensible *ex Reg. 7(1) UTCCR* y art. 5 Directiva 93/13; de hecho, hasta

<sup>123</sup> Vid. LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 145, notas 8 y 9. Además, señala la nota 10 (*ib.*) que la expresión «*the business cannot rely on the term*» se utiliza para dejar claro que los consumidores, si es de su interés hacerlo, pueden basarse en la cláusula que podría ser vista como injustamente perjudicial para ellos, consiguiéndose así el mismo efecto previsto en Reg. 8(1) UTCCR, que establecía que «*an unfair term... shall not be binding on the consumer*», esto es, la no vinculación de la cláusula abusiva *ex art. 6.1* Directiva 93/13.

<sup>124</sup> LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 39, aptdo. 3.86.

<sup>125</sup> Vid. LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 145, nota 8.

<sup>126</sup> La diferencia, respecto a dichas circunstancias, entre el «reasonableness test» de S. 11 UCTA y el «fair and reasonable test» de S. 14 UCTB es que en el primero se tienen en cuenta las circunstancias que fueron conocidas o contempladas por las partes, o que debieron razonablemente serlo, al celebrarse el contrato.

<sup>127</sup> En efecto, el test para determinar si una cláusula es justa y razonable requiere atender a «*the substance and effect of the term, and all the circumstances existing at the time it was agreed*» [S. 14(1)(b) UCTB], donde *the substance and effect of the term* supone la equidad sustantiva, y *the circumstances existing at that time* comprende la equidad procesal; y para decidir sobre ambas al respecto deben considerarse los factores establecidos de forma no exhaustiva en S. 14(4) UCTB, que vendría a sustituir las guías de aplicación de *Schedule 2 UCTA* (LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 159, nota 42, y p. 161, nota 43).

<sup>128</sup> LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

cuatro requisitos debía cumplir una cláusula para ser considerada transparente, según S. 14(3) UCTB<sup>129</sup>.

Así las cosas, el Gobierno de Reino Unido aceptó en principio las recomendaciones del informe de LC/SLC, a reserva de un ulterior examen sobre su impacto potencial. Posteriormente, el Gobierno decidió esperar al resultado de las negociaciones sobre la Directiva de derechos del consumidor, que vio la luz en octubre de 2011, y un mes antes ya se había anunciado por el Ministerio de consumo la intención de acometer una nueva ley británica en la materia que aclarara los sistemas normativos existentes y a su vez reforzara la protección de los consumidores<sup>130</sup>. Dado que al final la Directiva 2011/83 dejó fuera de su ámbito la parte relativa a las cláusulas abusivas inicialmente prevista, en mayo de 2012 el *Department for Business, Innovation and Skills* (en adelante, BIS), pidió a LC/SLC que actualizaran y revisaran su informe de 2005, de cara a un régimen unificado sobre cláusulas abusivas en contratos B2C, centrándose en dos áreas, los *exempt terms*<sup>131</sup> y la lista gris, esta última ya contemplada en UCTB (*Schedule 2, Part 2*) que tomó la establecida en el Anexo de la Directiva 93/13, aunque reformulándola mediante el uso de conceptos y lenguaje más accesibles para los británicos<sup>132</sup>.

En julio de 2012, LC/SLC publicaron un documento de discusión sobre las propuestas revisadas<sup>133</sup>, con un período de consulta pública que finalizó en octubre del mismo año. Es importante resaltar que entre las cuestiones planteadas estaba la de si la nueva legislación debería cubrir las cláusulas de contratos B2C con independencia de que fueran o no negociadas individualmente<sup>134</sup>, mostrándose partidaria de esta opción la *Office of Fair Trading*<sup>135</sup> (en adelante,

<sup>129</sup> Transparente significa (a) expresada en un lenguaje razonablemente sencillo, (b) legible, (c) presentada con claridad, y (d) disponible para cualquier persona que pueda verse afectada por la cláusula en cuestión. Este último requisito [S. 14(3)(d) UCTB] se refiere a los casos en que la cláusula se fija, por la parte que pretende servirse de ella, en un documento que no está físicamente a disposición de la otra parte en el momento de contratar (LC/SCL, *op. cit.*, 2005, p. 159, nota 41).

<sup>130</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *New bill will strengthen consumer rights*, Press Releases, 19.9.2011, accessible en <http://news.bis.gov.uk>.

<sup>131</sup> Como se conoce en Reino Unido a los términos que no están sujetos al test de equidad, excepción contenida en Reg. 6(2) UTCCR, que reproduce lo dispuesto en art. 4.2 Directiva 93/13, esto es, las cláusulas relativas a los elementos esenciales.

<sup>132</sup> La preocupación de LC/SLC por evitar confusiones llevó incluso a que se proporcionara en las *Explanatory Notes* de UCTB ejemplos de cláusulas que entrarían dentro de los tipos de la lista, a fin de lograr un mejor entendimiento que el que se tenía hasta entonces con la lista gris de UTCCR (*Schedule 2*), reproducción exacta de la establecida en la Directiva 93/13.

<sup>133</sup> Vid. THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012 (accessible en <http://lawcommission.justice.gov.uk>).

<sup>134</sup> LC/SLC, *ib.*, p. 114, aptdo. 9.36.

<sup>135</sup> Por las razones apuntadas en *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, OFT 1465, noviembre 2012 ([www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk)), *vid.* pp. 48 y 49, aptdos. 3.24-3.27.

OFT), que incluso fue más allá proponiendo la directa eliminación de la excepción relativa a los elementos esenciales<sup>136</sup>. Terminada la consulta, LC/SLC analizaron las contribuciones a la misma y en marzo de 2013 hicieron recomendaciones al BIS sobre las cláusulas en contratos B2C<sup>137</sup>, siendo interesante su cambio de postura sobre el test al que aquellas debían someterse, que volvería a ser el de equidad *ex art.* 3.1 Directiva 93/13 pero, eso sí, aplicable también a las cláusulas negociadas<sup>138</sup>.

Teniendo en cuenta dichas recomendaciones, así como el resultado de las consultas públicas realizadas por BIS en 2012 en orden a reformar el Derecho de consumo británico<sup>139</sup>, el Gobierno impulsó un programa de reformas, incluyendo un proyecto de ley sobre derechos del consumidor (*Draft Consumer Rights Bill*)<sup>140</sup>, cuya tramitación parlamentaria alumbraría la CRA, que obtuvo refrendo real el 26.3.2015 y entró en vigor el 1.10.2015. Constituye, junto con la *Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013*<sup>141</sup> –que, vigente desde el 13.6.2014, implementó a nivel interno la Directiva 2011/83–, el núcleo fundamental de la actualización normativa en la materia.

La *Consumer Rights Act 2015* dedica su *Part 2* (S. 61-76) y *Schedules 2-4* a las cláusulas abusivas, que viene a consolidar la legislación sobre *unfair terms* en contratos con consumidores («*consumer contract*») es la denominación que recibe el celebrado entre comerciante y consumidor: S. 61(1) y (3) CRA), reemplazando a las disposiciones que se superponían en la materia –revoca la UTCCR y modifica la UCTA de modo que no cubra los contratos

<sup>136</sup> Vid. *Office of Fair Trading, op. ult. cit.*, p. 13, aptdo. 2.8.

<sup>137</sup> Vid. THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).

<sup>138</sup> Con lo cual el *fairness test* de UTCCR [Reg. 5(1) y 6(1) UTCCR, arts. 3.1 y 4.1 Directiva 93/13] no cambiaría en la nueva legislación, aunque esta debería seguir a la UCTA en lo referente al control de las cláusulas negociadas, con la excepción de los *core terms*: vid. LC/SLC, *op. cit.*, 2013, Summary (S.32 y S.40), también pp. 81 y 82 (aptos. 6.42-6.46) y pp. 93-95 (aptos. 7.52-7.66).

<sup>139</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Enhancing consumer confidence through effective enforcement: consultation on consolidating and modernising consumer law enforcement powers*, 28.3.2012, *Enhancing consumer confidence by clarifying consumer law: consultation on the supply of goods, services and the digital content*, 13.7.2012, *Civil enforcement remedies: consultation on extending the range of remedies available to public enforcers of consumer law*, 5.11.2012 (accesibles en [www.gov.uk/government/consultations](http://www.gov.uk/government/consultations)). Un resumen de las respuestas a dichas consultas, incluyendo la del propio Gobierno a las recomendaciones hechas por LC/SLC en su *Advice to BIS (op cit., 2013)*, puede verse en DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, BIS/13/911, junio 2013 (accesible en [www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill](http://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill)).

<sup>140</sup> Vid. DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Draft Consumer Rights Bill*, BIS/13/925, Cm 8657, 12.6.2013 (accesible en [www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill](http://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill)).

<sup>141</sup> SI 2013/3134.

B2C–, al tiempo que aclara, por un lado, el papel de la lista gris (S. 63 CRA), extendiéndola (*Schedule 2, Part 1*), y por otro, las circunstancias en que los *core terms* quedan exentos de control, precisando que para evitar su evaluación deben ser transparentes y destacados<sup>142</sup>.

El control de abusividad responde a un test de equidad (*assessment of fairness*) como el establecido en la Directiva 93/13 salvo por el hecho de no condicionarlo a la falta de negociación individual<sup>143</sup>. En efecto, según S. 62(4) CRA una cláusula *en contrato B2C* [S. 61(1) CRA] es abusiva si «*contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer*», luego los parámetros de control son los mismos que los previstos en la Directiva (y otro tanto cabe decir respecto a los factores *ex* S. 62(5) CRA, *cfr.* art. 4.1 Directiva 93/13), pero, a diferencia del art. 3.1 de la misma, omite la referencia a que la cláusula no se haya negociado individualmente para poder evaluar su equidad, lo que supone extender el control de abusividad a todas las presentes en contratos celebrados con consumidores<sup>144</sup>, sin perjuicio de la excepción relativa al clausulado nuclear (en art. 64 CRA), conocida como «*core terms exemption*», y de la que trataremos *infra* en epígrafe 2.4.2. B.

Como pone de relieve el caso británico, es viable una revisión del control de abusividad que prescindiera del requisito de la falta de negociación singular, siempre que haya voluntad por parte de los poderes públicos; materializada esta en Reino Unido antes de aprobarse en referéndum (23.6.2016) la retirada voluntaria de la UE, el comúnmente conocido como «Brexít», que aunque no tenga efecto hasta que culmine el –por primera vez operativo– procedimiento *ex* art. 50 Tratado de la Unión Europea<sup>145</sup>, parece poco probable que se realicen ulteriores cambios de calado en la vigente legislación interna de consumo,

<sup>142</sup> La CRA sigue básicamente las recomendaciones hechas por LC/SLC en su *Advice to BIS* (*op cit.*, 2013, *Recommendations* 1-9, pp. 15, 26, 28, 33, 35, 41, 45 y 48). Para sus implicaciones *vid. infra* epígrafe 2.4.2. B.

<sup>143</sup> LC/SLC recomendaron en su *Advice to BIS* (*op cit.*, 2013, p. 95, *Recommendation* 28) que cualquier cláusula, con la salvedad de los «*exempt terms*», debería someterse a test de equidad, *fuera o no negociada individualmente*, con lo que el Gobierno estuvo de acuerdo (*vid.* respuesta a *Recommendation* 28 en BIS, 2013, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, p. 64).

<sup>144</sup> Como señala CONWAY, L., «Consumer Rights Act 2015», en *CBP*, n.º SN6588, 1.10.2015, p. 18, bajo el sistema de la CRA una cláusula puede considerarse abusiva aun si ha sido negociada individualmente con el consumidor, de modo que va más allá tanto de la legislación anterior como de la UE; no obstante, pone de relieve que para algunos comentaristas es poco probable que ello tenga un impacto importante, por entender que son escasos los contratos de consumo que se negocian de forma individual.

<sup>145</sup> Introducido por el Tratado de Lisboa: período de dos años, prorrogable a instancia del Consejo Europeo por unanimidad, para negociar la regulación de las relaciones futuras, debiendo aprobarse el acuerdo de retirada resultante por el Parlamento Europeo y firmarse por el Consejo; hasta entonces el Estado sigue plenamente vinculado al Derecho de la UE.

entre otras razones porque Reino Unido ya cuenta con uno de los regímenes tuitivos del consumidor más avanzados de Europa.

En la falta de negociación singular no radica *per se* el carácter abusivo, se trata tan solo de un requisito finalmente adoptado en la regulación institucional europea y que cabe desechar a nivel nacional si hay voluntad política legislativa. No es el único, pues, además, la cláusula ha de ser de un contrato celebrado entre profesional y consumidor, a diferencia de la regulación del clausulado abusivo presente en PECL, ACQP, DCFR, FS y CESL, no restringida a las relaciones con consumidor, como sí hacen la Directiva 93/13 y nuestro ordenamiento<sup>146</sup> —con excepción de la *Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*<sup>147</sup>, arts. 3 y 9—, que contrasta con otros como el alemán o el holandés (§§ 305-310 BGB y arts. 6:231-6:247 BW, resp.), donde cabe un control de abusividad en todo contrato celebrado con condiciones generales<sup>148</sup>, lo cual es predicable también, desde la reforma operada por la *Ordonnance* n.º 2016-131, del ordenamiento francés (art. 1171, en relación con art. 1110, ambos del *Code Civil*). Y a todo ello hay que añadir los elementos y criterios generales para apreciar que una cláusula no negociada singularmente en contrato B2C (también B2B en todos los instrumentos europeos de Derecho contractual citados, e incluso C2C en PECL, ACQP y DCFR) es abusiva. Lo veremos a continuación.

### 2.3 ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL CARÁCTER ABUSIVO Y FACTORES DETERMINANTES PARA SU APRECIACIÓN

No toda cláusula no negociada individualmente por el consumidor es abusiva; para que pueda considerarse como tal ha de cumplir los requisitos antedichos: falta de negociación individual y ámbito B2C<sup>149</sup>, teniendo en

---

<sup>146</sup> Como indica la EM de la LCGC, el hecho de que la noción de cláusula abusiva tenga su ámbito propio en la relación con consumidores no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, «*si bien tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual*». Al tener el TRLCU —donde se asienta el sistema español de cláusulas abusivas— su ámbito de aplicación en B2C (art. 2) tampoco podría estimarse abusiva, a los fines de la norma específica, una cláusula en contrato entre particulares (C2C), de manera que las consecuencias inicuas que pueda tener la cláusula deberían corregirse aplicando el Código Civil.

<sup>147</sup> BOE n.º 314, de 30.12.2004; en adelante, LLCM.

<sup>148</sup> Vid. EBERS, *op. cit.*, 2012, p. 33, y específicamente para el caso holandés HJMA, J., «Art. 4:110», en Busch, D./Hondius, E./Van Kooten, H. J./Schelhaas, H. N./Schrama, W. M. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, La Haya, 2002, p. 216.

<sup>149</sup> El Tribunal de Justicia ha señalado efectivamente que los requisitos para que una cláusula pueda ser calificada como abusiva a la luz de la Directiva 93/13 son dos: estar incluida en un contrato B2C y no haber sido objeto de negociación individual en el sentido de dicha disposición (STJ 27.6.2000, *Océano*

cuenta que lo relevante para decidir si el contrato celebrado está sujeto a la normativa de consumidores –nacional y de la UE– no son las condiciones subjetivas del contratante sino el destino de la operación, como resulta de la interpretación que sobre el art. 2.b) Directiva 93/13 ha hecho el Tribunal de Justicia, doctrina de la que se ha hecho eco nuestro Tribunal Supremo<sup>150</sup>.

Ahora bien, una vez cumplidos esos requisitos, habrá de evaluarse si la cláusula reúne los elementos que configuran el carácter abusivo, ya que, como tiene dicho el Tribunal Supremo, la imposición de cláusulas o condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud, se trata de un mecanismo de contratar ante la imposibilidad y los costes de mantener diálogos individualizados, un fenómeno que comporta un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico<sup>151</sup>. Ahora bien, para que tales condiciones sean válidas han de satisfacer unos *requisitos de contenido* (además de los requisitos de incorporación, que llevan al control de inclusión, interpretación y transparencia sustancial, en conexión con la apreciación de abusividad vía «control de transparencia»), cuales son la *buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*, según prevé el art. 80.1.c) TRLCU para las cláusulas no negociadas individualmente, y que después desarrolla en su versión negativa, esto es, como *elementos configuradores del carácter abusivo*, el art. 82.1 TRLCU al conceptualizar las cláusulas abusivas.

Dicho de otro modo, la cláusula predispuesta e impuesta al consumidor en que concurren esos elementos (desequilibrio importante en contra de la buena fe, *ex art. 82.1*), es decir, que no cumpla los requisitos de contenido, podría ser abusiva, pues para comprobar la efectiva existencia de dichos elementos configuradores, se han de tener en cuenta una serie de concretos *factores valorativos*, que, recogidos en el art. 82.3 TRLCU (naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, circunstancias concurrentes en su celebración y resto del contrato), serán determinantes para la apreciación del carácter abusivo, restringida a contratos B2C en España, donde se rechaza la posible abusividad de cláusulas perjudiciales para el profesional (abusivo es el desequili-

---

*Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98 –en adelante, Sentencia *Océano Grupo Editorial*–, aptdo. 21). Y es que, «según resulta del art. 3.1 de la Directiva, únicamente entran en su ámbito de aplicación las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente», como recuerdan la STJ 16.1.2014, *Constructora Principado*, C-226/12 (en adelante, Sentencia *Constructora Principado*), aptdo. 18, y el ATJ 3.4.2014, *Sebestyén*, C-342/13 (en adelante, Auto *Sebestyén*), aptdo. 23.

<sup>150</sup> STJ 3.9.2015, *Costea*, C-110/14, citada por la STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 2.º, pto. 2.

<sup>151</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 166; STS 18.6.2012, FJ 2.º, 3 c).

brio que perjudique al consumidor, no al empresario: STS 9.5.2013, aptdo. 232.c), con excepción del sector de contratación regulado por la LLCM, esto es, B2B y B2A respecto a los pagos hechos como contraprestación en operaciones comerciales (art. 3.1 LLCM), donde se contempla (art. 9 LLCM) un control de abusividad específico para dicho sector, que aunque ajeno al ámbito de los consumidores (art. 3.2.a LLCM), parte de la misma «*función tuitiva a favor de la parte más débil de la práctica de contratación tomada como referencia por la norma*», en palabras de nuestro Alto Tribunal referentes al «*control de abusividad dispuesto en el artículo 9 LLCM*» (STS 23.11.2016, FJ 2.º, pto. 5).

Con independencia de que, por vía jurisprudencial, quepa sostener la existencia interna de varios controles de abusividad –aunque el ajeno al ámbito B2C sea residual, por limitarse a los contornos de la LLCM–, lo cierto es que, fuera de ese caso excepcional (que precisa de mayor desarrollo en cuanto a sus elementos de control), nuestro ordenamiento no se desmarca de la línea trazada por la Directiva 93/13, que sigue fielmente (a los efectos que ahora comentamos, cfr. los aptdos. 1 y 3 del art. 82 TRLCU con los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva), a diferencia del moderno Derecho contractual europeo. En los epígrafes que siguen veremos, en primer lugar, esas divergencias, y después la interpretación que de los señalados elementos configuradores y factores valorativos han hecho tanto el Tribunal de Justicia como nuestro Tribunal Supremo.

### 2.3.1 Parámetros y factores de control en Derecho europeo y nacional, así como en los instrumentos modernizadores

Los referidos elementos configuradores del carácter abusivo son, por un lado, un *desequilibrio importante*<sup>152</sup> entre los derechos y deberes contractuales en detrimento del consumidor y, por otro, que dicha alteración se produzca *pese a las exigencias de la buena fe*. Así se establece en el art. 3.1 Directiva 93/13 (y art. 82.1 TRLCU, que lo reproduce casi literalmente), precepto que, como ha dicho el Tribunal de Justicia, delimita solo de manera abstracta los

---

<sup>152</sup> En la versión española oficial de la Directiva 93/13, el «*significant*» *imbalance* del art. 3.1 original se ha traducido como *desequilibrio «importante»*, y así pasó al art. 82.1 TRLCU. Sin embargo, en la PMCC su art. 1262.1 habla de *desequilibrio «significativo»*, mas como advierte ALBIEZ DOHRMANN («La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. [dir.], *op. cit.*, p. 224), al comparar este precepto y aquel del TRLCU, no hay diferencias entre que el *desequilibrio* sea *importante* o que sea *significativo*

elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente<sup>153</sup>, precisándose por tanto efectuar una calificación de la concreta cláusula en función de las circunstancias propias del caso en cuanto a su eventual carácter abusivo<sup>154</sup>, apreciación que ha de hacerse, según el art. 4.1 Directiva 93/13 (y art. 82.3 TRLCU), teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estos son los concretos factores a tener presentes para la valoración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente en contrato B2C.

Al igual que la Directiva 93/13, los PECL y ACQP restringen la noción de cláusula abusiva a las no negociadas individualmente, pero no solo en contratos B2C (art. 4:110 y art. 6:301, respectivamente), extensión de la consideración de abusividad compartida por el DCFR, que dedica tres preceptos al significado de cláusula abusiva: uno para contratos B2C (art. II.-9:403), otro para contratos C2C (art. II.-9:404<sup>155</sup>) y otro para contratos B2B (art. II.-9:405), y tratándose del primero de ellos –B2C– deja en manos de una decisión política el mantenimiento o no de la restricción a las cláusulas no negociadas individualmente<sup>156</sup>. Por su parte, la PMCC sitúa sin ambages tal restricción en el art. 1262.1, que no se refiere a los contratos B2C, de hecho para estos remite a la legislación especial<sup>157</sup> (art. 1262.5). Una remisión, en este caso a las reglas

<sup>153</sup> SSTJ 7.5.2002, *Comisión/Suecia*, C-478/99 (en adelante, Sentencia *Comisión/Suecia*), aptdo. 17; 1.4.2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (en adelante, Sentencia *Freiburger Kommunalbauten*), aptdo. 19; 4.6.2009, *Pannon GSM*, C-243/08 (en adelante, Sentencia *Pannon GSM*), aptdo. 37; Sentencia *Aziz*, aptdo. 67; Auto *Sebestyén*, aptdo. 26.

<sup>154</sup> SSTJ 9.11.2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 (en adelante, Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*), aptdo. 44; 26.4.2012, *Invitel*, C-472/10 (en adelante, Sentencia *Invitel*), aptdo. 22.

<sup>155</sup> El ámbito de aplicación personal de este precepto se define de forma negativa por la expresión «*parties neither of whom is a business*» (esto es, que ninguna de las partes sea empresario), por tanto es aplicable a los contratos, por ejemplo, entre dos consumidores o entre dos organizaciones sin ánimo de lucro que no hayan sido calificadas como empresas ni como consumidores (*DCFR, Full Edition*, «II.-9:404», p. 640).

<sup>156</sup> Vid. *DCFR, Outline Edition*, «Intr. 79», p. 46; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:403», p. 634, donde se advierte que la mayoría de los miembros del *Acquis Group* eran partidarios de extender el juicio de abusividad a las cláusulas negociadas individualmente.

<sup>157</sup> Propuesta que, de fructificar, cambiaría el panorama impuesto por nuestra normativa específica, la cual, por seguir fielmente la Directiva 93/13, no posibilita la consideración de abusividad fuera del ámbito B2C. Al remitir la PMCC a la legislación especial, el control para contratos B2C se seguiría rigiendo por los arts. 82-89 TRLCU, mientras que para el resto de contratos habría que estar a la PMCC, que vendría así a extender el control de contenido a todas las cláusulas no negociadas individualmente sin distinciones subjetivas, rescatando así la idea de un control generalizado que se barajó en los Anteproyectos de LCGC, y que sin embargo se excluyó en el Proyecto de 1997 con el argumento, recogido en su Memoria, de que «*un control generalizado hoy en día podría introducir un factor de rigidez no aconseja-*

comunitarias aunque de forma poco clarificadora —«*sin perjuicio de*»—, hace el CEC en su art. 30.5 para establecer un escueto control de las cláusulas abusivas, limitado a las no negociadas en contrato B2C<sup>158</sup>. En cuanto a los textos basados en el DCFR, esto es, FS y CESL, difieren de aquel, por un lado, en que no prevén un régimen de cláusulas abusivas para contratos C2C, sí para B2C y B2B<sup>159</sup>, por otro, en que contemplan un control extendido al clausulado negociado en contrato B2C<sup>160</sup>.

Para los PECL los elementos configuradores de la abusividad del clausulado en todos los contratos<sup>161</sup> son la irrogación de un *desequilibrio notable* entre los derechos y deberes contractuales en perjuicio de una parte<sup>162</sup> (no necesariamente consumidor) y en *contra de los principios de la buena fe*<sup>163</sup>

*ble desde una perspectiva de rigidez empresarial»; argumento del que da cuenta ALBIEZ DOHRMANN (op. ult. cit., p. 223), calificándolo de poco sólido.*

<sup>158</sup> Como indica CÁMARA LAPUENTE, S. (*El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Cizur Menor, 2006, pp. 51 y 52), el CEC recibe la Directiva 93/13 por una parte, mediante un control normativo, solo en relación con contratos B2C y respecto a los derechos obligacionales (art. 30.5) y, por otra, mediante un control económico general, relativo a los desequilibrios de las prestaciones mediante la rescisión por lesión (arts. 30.3 y 156).

<sup>159</sup> Las Secciones 2 y 3 del Capítulo 8, tanto de FS como de CESL, regulan las cláusulas abusivas en B2C y B2B respectivamente, si bien mientras que el FS usa el término *business*, la CESL emplea el término *trader* (sigue así al *FS rev.*), lo cual no tiene trascendencia práctica si se parte de una definición común: el art. 2 e) CESLR [art. 5(6) *FS rev.*] contenía una definición de *trader* exactamente igual que la recogida en el art. 2(1) FS para definir al *business*. Ambas previsiones no coincidían, sin embargo, con la formulación del art. I.-1:105(2) DCFR, que contiene una definición más extensa del *business*, pero la *RPE 2014* modificó (enmienda 31) la letra e) del art. 2 CESLR para introducir el matiz, recogido en dicho precepto del DCFR, respecto a la persona jurídica: «*any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned*» (cursiva sobre cambio).

<sup>160</sup> Art. 81 FS, extensión que desapareció en art. 84 *FS rev.* (vid. *supra* n. 113), donde la falta de negociación individual emergió como requisito para la consideración de abusividad en B2C, posición esta última que fue la adoptada originalmente en la CESL hasta que la *RPE 2014* eliminó (enmienda 155) de su art. 83.1 dicho requisito, el cual se mantiene en art. 86.1 CESL para contratos B2B, a semejanza del art. 85(1)(a) FS.

<sup>161</sup> El art. 4:110 PECL amplía el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Directiva 93/13 (art. 3) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles; la inexistencia en los PECL de una lista de cláusulas abusivas se justifica por entender que sería prácticamente imposible elaborarla, precisamente por tener en cuenta los contratos entre profesionales y la diversidad de contratos mercantiles (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 384).

<sup>162</sup> En el Comentario al art. 4:110 se puntualiza que el desequilibrio puede tener naturaleza económica o legal: el primer caso supone que las consecuencias económicas sean notoriamente abusivas para la otra parte, en el segundo cabrá considerar que una cláusula no es equitativa si otorga derechos a una parte y no a la otra (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 388). Con independencia de que en la edición española el desequilibrio sea «notable», el art. 4:110 original emplea, para calificar dicho desequilibrio, el mismo término que el art. 3.1 Directiva 93/13, pues en ambos reza como «*significant imbalance*» (vid. versión original en LANDO/BEALE, *op. cit.*, p. 266).

<sup>163</sup> En la versión original el parámetro es «*good faith and fair dealing*», expresión que en la edición española consta como «buena fe» en art. 4:110(1), pero también en el aptdo. (1) del art. 1:201, precepto cuyo rótulo es precisamente «*good faith and fair dealing*», traducido como «buena fe contractual» (cfr. versiones española y original de ambos preceptos en BARRES/EMBID/MARTÍNEZ, *op. cit.*, 2003, pp. 147 y 383; LANDO/BEALE, *op. cit.*, pp. 113 y 266). Por tanto, la buena fe de la que se habla en la versión espa-

[art. 4:110(1)]. Como se ve, salvo por la referencia al consumidor que hace el art. 3.1 Directiva 93/13, los PECL emplean los mismos parámetros de control que dicha directiva, lo cual también es predicable de la PMCC (art. 1262.1) y de los ACQP para todos los contratos según la regla del art. 6:301(1), si bien con una restricción de esta para los contratos B2B en art. 6:301(2) ACQP, que solo exige una *desviación manifiesta de las buenas prácticas comerciales*<sup>164</sup>. Dato interesante es que el art. 9(1.a) de nuestra LCCM, contempla esa desviación –que además sea grave, contraria a la buena fe y actuación leal– como una de las circunstancias a valorar en el control de abusividad que específicamente prevé para el sector de la contratación regulado por la norma.

Por su parte, el art. 30.5 CEC prescinde del parámetro de buena fe para identificar la abusividad del clausulado en contratos B2C, exigiendo únicamente la irrogación de un desequilibrio contractual significativo<sup>165</sup>, al igual que ocurre en el ordenamiento francés (art. L.212-1 C.consom., concepto de *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* también presente en art. L.442-6.1.2.º *Code de Commerce* para contratos B2B y, desde el 1.10.2016, en el art. 1171 *Code Civil* para todo contrato de adhesión<sup>166</sup>). Prescinde incluso de ambos parámetros de control –buena fe y equilibrio contractual– el BW holandés en su art. 6:233, que permite anular una estipulación de las condiciones generales (en todo contrato) si es *irrazonablemente gravosa*

---

ñola del art. 4:110 es la «buena fe contractual». Sobre la distinción entre la buena fe y la lealtad en las transacciones (*fair dealing*), *vid. Principios, Partes I y II*, «Art. 1:201 – Comentario», p. 151 (pp. 115 y 116 en LANDO/BEALE, *op. cit.*). Se preguntan WHITTAKER y ZIMMERMANN, «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Whittaker, S./Zimmermann, R. (eds.), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 14, si la buena fe presente en los PECL forma parte del núcleo común del Derecho contractual europeo o si se trata de una noción presente en uno o varios sistemas legales e impuesta artificialmente a los demás: *vid. ib.*, pp. 15-16.

<sup>164</sup> En los ACQP, la mera existencia de cláusulas no negociadas individualmente es razón suficiente para suponer que quien las usa pudo limitar la libertad contractual de la otra parte, y por tanto su control judicial está justificado en contratos B2B, es más, precisamente por ello dicho control no puede limitarse a contratos B2B y B2C; consecuentemente, el aptdo. 1 del art. 6:301 ACQP –que exige un desequilibrio significativo contrario a la buena fe– se concibe como una regla aplicable a todos los contratos, y el aptdo. 2 como una norma menos restrictiva de control para B2B, donde se espera que las partes cuiden mejor de sus propios intereses (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:301», 2007, pp. 235 y 237, 2009, p. 322).

<sup>165</sup> El art. 30 CEC, incardinado en el Título III («Contenido del contrato») del Libro I, se titula «Contenido lícito y no abusivo», estableciendo su aptdo. 5 que en los contratos B2C «sin perjuicio de las reglas comunitarias, no tienen efecto las cláusulas que no han sido objeto de una negociación, si ellas crean, en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que deriven del contrato, *aún en el caso de que el profesional actúe de buena fe*».

<sup>166</sup> Novedad destacable que trajo la *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10.2.2016 (JORF n.º 0035, 11.2.2016), en vigor desde el 1.10.2016, reformadora del histórico *Code Civil*, fue la introducción de la noción de desequilibrio significativo, hasta entonces solo presente en C.consom. y *Code de Commerce*, en el remozado art. 1171 *Code Civil*, en orden a tener por no escrita la cláusula desequilibradora en contrato de adhesión, definido éste en el renovado art. 1110 *Code Civil*: «*Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties*».

(*onredelijk bezwarend*) para el adherente<sup>167</sup>, o si el predisponente no dio a este una oportunidad razonable de conocer su contenido<sup>168</sup>. Y basándose únicamente en la existencia de una *excesiva desproporción* (*gross disparity*), el art. 3.2.7 PICC permite anular el contrato –mercantil e internacional– o cualquiera de sus cláusulas<sup>169</sup>.

Más casuístico se muestra el DCFR, que, como antes dijimos, no da una sola definición de cláusula abusiva, si bien es cierto que, en los tres artículos que dedica a la cuestión, se establece un parámetro coincidente, cual es la *buena fe y honradez en los tratos*<sup>170</sup>, al que se añade otro elemento configurador en contratos B2C y C2C: la irrogación de un *perjuicio significativo*<sup>171</sup> a la

<sup>167</sup> Art. 6:233 a) BW, que además establece los factores valorativos de tal gravamen irrazonable: la naturaleza y demás términos del contrato, la manera en que se han establecido las condiciones, los intereses de cada parte, y las otras circunstancias del caso. Como vemos, coinciden sustancialmente con los factores previstos para el test de equidad en el art. 4.1 Directiva 93/13.

<sup>168</sup> Art. 6:233 b) BW, el cual se complementa con el art. 6:234, que especifica cuándo se entiende cumplida la obligación de puesta en conocimiento de las condiciones generales: si el predisponente las entrega antes o en el momento de celebrar el contrato (físicamente o por medios electrónicos para su inspección posterior), o, cuando ello no es razonablemente posible, si ha dado a conocer a la contraparte antes de la celebración que están a su disposición (física o electrónicamente) y que le serán enviadas en cuanto lo pida.

<sup>169</sup> Aunque los PICC no son aplicables a los contratos de consumo (el fundamento de restringir su aplicación a los contratos «mercantiles» no es otro que excluir de su ámbito las operaciones de consumo; PICC, «Preamble – Comment», 2010, p. 2), prevén un control de contenido con abstracción de la situación de las partes y del uso de condiciones generales, en tanto que permiten anular el contrato en cualquier momento, bien en su conjunto o solo alguna de sus disposiciones, en casos de excesiva desproporción de las prestaciones que resulta en una ventaja *excesiva* (se requiere que el desequilibrio de las prestaciones sea de tal magnitud, de acuerdo con las circunstancias, que resulte escandaloso para una persona razonable) e *injustificada* (valorando todas las circunstancias del caso) para la otra parte, a cuyo efecto se han de tener en cuenta unos factores *ex art.* 3.2.7(1)(a) y (b), como la existencia de una *posición negociadora desigual* (derivada de la dependencia, aflicción económica, ignorancia o inexperiencia de la otra parte), y la *naturaleza y finalidad del contrato* (pues existen situaciones en que la ventaja excesiva es injustificada aun cuando el beneficiario de la misma no haya abusado de la posición negociadora más débil de la otra parte), pudiendo también ser necesario tomar otros factores en consideración, como los parámetros éticos que prevalecen en una determinada rama del comercio (PICC, «Art. 3.2.7 – Comment», 2010, pp. 108-110).

<sup>170</sup> La contravención a sus exigencias es requisito de la consideración de abusividad en contratos B2C, C2C y B2B, arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405 DCFR, respectivamente. La «buena fe y honradez en los tratos» se define como una *norma de conducta caracterizada por la honestidad, la franqueza y la consideración de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión* [art. I.-1:103(1) DCFR]. Concreta el DCFR que una parte actúa contra la buena fe y honradez en los tratos, particularmente cuando lo hace de forma incompatible con sus declaraciones o conductas anteriores habiendo confiado la otra parte razonablemente en ellas [art. I.-1:103(2)]. El Anexo de Definiciones del DCFR recoge la noción de *good faith* de forma individual (de hecho, justo antes de la definición de *good faith and fair dealing*, que reproduce lo dispuesto en art. I.-1:103), según la cual «buena fe» es una *actitud mental caracterizada por la honestidad y la falta de conocimiento de que una aparente situación no es la verdadera situación*.

<sup>171</sup> Prescinde el DCFR de la exigencia del art. 3.1 Directiva 93/13 de que se cause un *desequilibrio importante* entre los derechos y deberes contractuales, sustituyendo dicho desequilibrio por el «perjuicio a la otra parte» con la pretensión, al parecer, de no dejar dudas respecto de que el control de contenido no alcanza al equilibrio económico entre las prestaciones esenciales (DCFR, *Full Edition*, «II.-9:403», pp. 634 y 635).

parte que no predispuso la cláusula, esto es, al consumidor (B2C, art. II.-9:403) o al otro particular (C2C, art. II.-9:404); por su parte, para los contratos B2B, además del parámetro común indicado, exige el art. II.-9:405 que la cláusula resulte de tal naturaleza que su aplicación se *aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales* (el criterio proviene de la Directiva 2000/35/CE –hoy sustituida por la Directiva 2011/7/UE– y da lugar a una regla de control de contenido más liberal que la prevista en el DCFR para contratos B2C o C2C<sup>172</sup>), requisito específico para B2B compartido con los ACQP [art. 6:301(2)]. En los contratos B2B y C2C, el DCFR limita el ámbito de control de abusividad, en su aspecto material, a lo que conocemos como condiciones generales, *cláusulas estándar* en la terminología empleada por el DCFR<sup>173</sup>, limitación que no existe para el caso de contratos B2C<sup>174</sup>.

Siguiendo la línea del DCFR, tanto el FS como la CESL dedican distintos preceptos al significado de cláusula abusiva: uno para contratos B2C, donde los parámetros de control son, en el FS [art. 81(1)] los mismos previstos en el art. II.-9:403 DCFR<sup>175</sup>, y en la CESL (art. 83.1) los contemplados en el art. 3.1 Directiva 93/13 salvo por la mención al *fair dealing*, que no está presente en este precepto pero sí en aquel del DCFR<sup>176</sup>; otro para contratos B2B, donde los

<sup>172</sup> Como recuerda BLANDINO GARRIDO, M. A., «Contenido y efectos de los contratos», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 663.

<sup>173</sup> Definidas como cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente (art. II.-1:109 DCFR). En efecto, los arts. II.-9:404 y II.-9:405 dejan claro que en contratos C2C y B2B (respectivamente) solo las cláusulas estándar pueden considerarse abusivas. Quedan fuera del ámbito de control las cláusulas en contratos C2C y B2B que han sido predispuestas para una determinada transacción, esto es, lo que conocemos como cláusulas de adhesión particular, las cuales sí entrarían dentro del ámbito previsto para contratos B2C (art. II.-9:403, que no hace referencia a las *standard terms*, al contrario que los arts. II.-9:404 y II.-9:405).

<sup>174</sup> Ello es debido a que el control de contenido en contratos B2C se justifica por la desigualdad en el poder de negociación de las partes, no por el empleo de cláusulas estándar, que en otros contratos se valora como dato justificativo de control, al entender que aquellas permiten al predisponente restringir la libertad contractual de la otra parte (DCFR, *Full Edition*, «II.-9:404», p. 640 y «II.-9:405», p. 641).

<sup>175</sup> Esto es, la irrogación de un perjuicio significativo, contrario a la buena fe y la honradez en los tratos, y desde el punto de vista material el art. 81 FS, al igual que el art. 9:403 DCFR, no se limita a las condiciones generales, de hecho, ni siquiera se limita a las cláusulas no negociadas individualmente.

<sup>176</sup> El art. 83.1 CESL seguía, en cuanto a la abusividad en contratos B2C, el planteamiento de la Directiva 93/13 más que el previsto en el DCFR, en un doble sentido: por un lado, la limitación a las cláusulas no negociadas individualmente (*idem* art. 3.1 Directiva 93/13), hasta que la *RPE 2014* eliminó (enmienda 155) la mención a la falta de negociación individual; por otro –y esto no cambió–, la consideración de abusividad basada en la irrogación de un desequilibrio contractual importante, frente al «perjuicio» significativo del art. 9:403 DCFR, si bien toma de este la exigencia de contravención no solo a la buena fe sino también a la honradez en los tratos (*fair dealing*). En la versión española oficial del instrumento opcional se ha traducido *good faith and fair dealing* como «buena fe contractual»: cfr. versión original y española del art. 83.1 CESL y del art. 2 b) CESLR, que contiene la misma definición dada por el art. I.-1:103(1) DCFR (*vid. supra* n. 170). Por su parte, el aptdo. 2 del art. 83 CESL sí está más en línea con el DCFR, en el sentido de que prevé el deber de transparencia como factor a tener en cuenta en el test

parámetros son, en la CESL (art. 86.1) los establecidos en el art. II.-9:405 DCFR –aunque la *RPE 2014*, enmienda 175, cambió las «buenas» prácticas por las «habituales»–, añadiendo el FS [art. 85(1)] la exigencia de que la cláusula cause un *perjuicio significativo* a la otra parte<sup>177</sup>. EL FS, además, proscribe las cláusulas sorprendentes incluidas en condiciones generales al tacharlas de abusivas (art. 87<sup>178</sup>); carácter sorprendente que en CESL [letra *c*] *bis* del art. 83.2, introducida por *RPE 2014*, enmienda 156] es una de las circunstancias concurrentes al contratar a tener en cuenta para evaluar el carácter abusivo en B2C.

Mas lo especialmente relevante, en comparación con otros sistemas, es la consideración de abusividad que prevé el DCFR por incumplimiento del deber de transparencia en contratos B2C. Tal deber pesa sobre todo predisponente de cláusulas no negociadas individualmente, cualquiera que sea el adherente, y se concreta en la obligación de emplear un lenguaje sencillo e inteligible en la redacción y comunicación de dichas cláusulas<sup>179</sup> [art. II.-9:402(1)], pero si el adherente es consumidor se eleva a causa *per se* de abusividad la infracción de dicho deber, esto es, la cláusula no transparente en contrato B2C podrá ser considerada solo por este motivo abusiva<sup>180</sup> [art. II.-9:402(2)], mientras que para el resto de contratos el deber de transparencia es factor valorativo de abusividad [art. II.-9:407(1)]. Por basarse en el DCFR, tanto el FS como la CESL prevén el cumplimiento del deber de transparencia como factor a tener en cuenta en el test de equidad, pero solo para contratos B2C [arts. 82 FS y 83.2(a) CESL], porque a diferencia del DCFR estos textos únicamente contemplan tal deber en el ámbito B2C (arts. 80 FS y 82 CESL<sup>181</sup>).

---

de abusividad, como hace el art. II.-9:407(1) DCFR, si bien en el mismo dicho factor es aplicable a todos los contratos mientras que en el CESL solo para B2C: cfr. arts. 83.2(a) y 86.2 CESL.

<sup>177</sup> La CESL está en sintonía con el DCFR en cuanto a los parámetros de control de abusividad en contratos B2B, pero no tanto en lo que se refiere al ámbito material, pues mientras el art. II.-9:405 DCFR se limita a las condiciones generales, el art. 86 CESL (casi idéntico que art. 87 FS *rev.*) solo exige que la cláusula sea no negociada individualmente, al igual que ocurre con el art. 85 FS, que además difiere del art. II.-9:405 DCFR en traer a colación un elemento configurador de abusividad que el DCFR no contempla para B2B sino para B2C y C2C, cual es la irrogación de un perjuicio significativo a la parte que no predispuso la cláusula.

<sup>178</sup> Tales cláusulas son definidas en este precepto (limitado a *standard terms*) como aquellas de naturaleza tan sorprendente que la otra parte no podía haberlas esperado. Si bien es cierto que para el FS son abusivas y, por tanto, no vinculantes [art. 77(1)], el art. 87 *in fine* prevé la posibilidad de que no reciban tal tacha ni sanción alguna, para el caso de que se hayan aceptado expresamente.

<sup>179</sup> El predisponente ha de concebir el clausulado de un modo lo suficientemente transparente como para hacer posible que la otra parte se familiarice con el contenido del contrato antes de su conclusión y utilice las cláusulas como fuente fiable de información antes y durante el tiempo de cumplimiento (*DCFR, Full Edition*, «II.-9:402», p. 629).

<sup>180</sup> Ello implica que, en contratos B2C, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas oscuras o incomprensibles no exige que se entre a analizar, en concreto, el contenido de regulación de cada una de ellas (*BLANDINO, op. cit.*, p. 648).

<sup>181</sup> En la CESL el deber de transparencia pesa sobre el comerciante, que al incorporar cláusulas al contrato celebrado con consumidor deberá asegurarse de que se redacten y comuniquen en un len-

En la Directiva 93/13 el principio de transparencia se encuentra en su art. 5 (junto con la regla de interpretación *contra proferentem*), y se circunscribe *nominalmente* a la obligación del profesional de redactar las cláusulas –no negociadas individualmente en contrato con consumidor– de forma clara y comprensible. La relación entre este precepto y el art. 3 de la Directiva (que recoge el concepto de cláusula abusiva) no se muestra nítidamente, pareciendo el deber de transparencia más un requisito de inclusión del clausulado predispuesto e impuesto en contrato B2C que una regla a tener en cuenta en el juicio de abusividad<sup>182</sup>, si bien de los antecedentes de la Directiva pudiera desprenderse lo contrario<sup>183</sup>. No obstante, el enlace entre el principio de transparencia y el control de contenido está presente en la Directiva, aunque de forma menos contundente que en el DCFR<sup>184</sup>: el inciso final del art. 4.2 Directiva 93/13

---

guaje sencillo y comprensible. Como vemos, la concreción de este deber coincide con la previsión del art. II.-9:402(1) DCFR, con la diferencia de que este se aplica a todos los contratos con cláusulas no negociadas individualmente, mientras que el art. 82 CESL solo es aplicable al ámbito B2C y tras la *RPE 2014* se eliminó (enmienda 154) de dicho precepto la mención a la falta de negociación individual. El FS va un paso más allá, pues el art. 80 impone al profesional el deber de asegurarse de que las cláusulas, no negociadas individualmente con el consumidor, se presenten de una manera comprensible y *accesible* (requerimiento de accesibilidad que no aparece en art. 82 CESL), puntualizando que dichas cláusulas no son presentadas de forma accesible si se encuentran en un lugar donde el consumidor no puede esperar encontrarlas, aclaración hecha *in fine* por este precepto que para MICKLITZ (*op. cit.* 2012, p. 60) es bienvenida ya que la accesibilidad tomada en serio abre nuevas vías para ejercer el control sobre condiciones generales complejas donde incluso los abogados tienen dificultades para entender cómo encajan en el contexto del contrato celebrado las partes y piezas repartidas en extensas páginas.

<sup>182</sup> Lo mismo ocurre en el TRLCU, donde no existe relación aparente entre el art. 80 –que establece los requisitos que deben reunir las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C, entre ellos, la concreción, claridad y sencillez en su redacción *ex aptdo.* 1, letra a)– y el art. 82 (regulador del concepto de cláusula abusiva), salvo por la referencia que se hace en el primero a la buena fe y justo equilibrio contractual (art. 80.1.c), elementos que son elevados en el segundo a parámetros de control de contenido, pues su contravención genera abusividad (art. 82.1). Nótese que de los requisitos establecidos en el art. 80.1 solo los de la letra c) han merecido esta consideración por el legislador, de hecho, al referirse a estos, se advierte que su necesario cumplimiento «*en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*», expresión que no se utiliza en los restantes requisitos. En la LCGC, su art. 5.5 establece como requisito de inclusión de las condiciones generales que su redacción se ajuste a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, reconduciendo su incumplimiento a la interpretación *contra proferentem* (art. 6.2 LCGC, para las condiciones generales oscuras, al igual que hace, si bien de forma menos nítida, el art. 80.2 TRLCU para todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C) y, en los supuestos más graves, la sanción de no incorporación al contrato (art. 7 LCGC).

<sup>183</sup> Como señaló la Abogada General V. TRSTENJAK en sus conclusiones en el Asunto C-92/11, presentadas el 13.9.2012 (ECLI: EU: C:2012:566); concretamente en los ptos. 62 y 63 TRSTENJAK sostenía que de los antecedentes de la Directiva 93/13 se desprende que el principio de transparencia del art. 5 constituye un criterio para determinar el carácter abusivo con arreglo al art. 3, criterio que habría sido objeto de regulación específica. Sin embargo no se mostró tan tajante el TJ en su sentencia de 21.3.2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11 (en adelante, Sentencia *RWE Vertrieb*), donde no mencionó ese argumento de TRSTENJAK porque de hecho no tenía obligación de hacerlo, en la medida en que la Abogada General advirtió que corresponde al juez nacional, no al TJ, valorar si una violación del principio de transparencia debe considerarse abusiva (ptos. 72 y 75). Sobre la controvertida relación del principio de transparencia y la cláusula general de abusividad, arts. 5 y 3 Directiva 93/13, volveremos con más detalle posteriormente.

<sup>184</sup> BLANDINO, *op. cit.*, p. 647.

permite abrir la consideración de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales (que *a priori* están exentas de tal apreciación: *vid. in extenso* epígrafe 2.3.2) cuando su redacción no sea clara y comprensible, regla que también está presente en PECL [art. 4:110(2)(a)], ACQP [art. 6:303(2)], DCFR [art. II.-9:406(2)], FS [art. 78(2)<sup>185</sup>], y lo estaba originalmente en la CESL<sup>186</sup>, si bien en estos tres últimos textos el deber de transparencia no solo se circunscribe a la redacción del clausulado<sup>187</sup>.

El planteamiento del DCFR respecto a la infracción del deber de transparencia no tiene equivalente, ni en su consideración como *motivo* de abusividad en el ámbito B2C con independencia del desequilibrio que genere la cláusula opaca, ni como *indicio* o factor valorativo del eventual carácter abusivo en todos los contratos (para FS y CESL la comprobación del cumplimiento de tal deber es factor a tener en cuenta en el test de equidad solo en contratos B2C). En efecto, como hemos visto, entre los parámetros de control utilizados por Directiva 93/13, PECL y ACQP no se encuentra la transparencia, tampoco en el TRLCU, que sigue dicha directiva al respecto (al igual que la PMCC, sin el referente de consumo), al margen de que, como veremos más adelante (epígrafe 2.4.2. C), nuestro Tribunal Supremo ha llegado a acoger la falta de transparencia como medio para controlar la abusividad del clausulado nuclear en contratos B2C<sup>188</sup>, afirmando incluso que el art. 4.2 Directiva 93/13 conecta la transparencia con el juicio de abusividad<sup>189</sup>. Un precedente a esta regla lo en-

<sup>185</sup> En el FS la apertura del juicio de abusividad a dichas cláusulas por infringir el deber de transparencia es posible en contratos B2C pero no B2B (cfr. aptdos. 2 y 3 del art. 78 FS, y con mayor claridad los mismos aptdos. del art. 81 FS *rev.*), por la sencilla razón de que en estos últimos no se contempla tal deber.

<sup>186</sup> El art. 80 CESL tenía inicialmente un aptdo. 2 según el cual la sección dedicada a las cláusulas abusivas en B2C «no se aplicará a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio que deba pagarse, siempre que el comerciante haya cumplido el deber de transparencia establecido en el artículo 82»; apartado que fue suprimido por RPE 2014 (enmienda 153). Lo que nunca se contempló fue la posibilidad de controlar los elementos esenciales en contratos B2B (art. 80.3 CESL), por la misma razón apuntada en la nota anterior.

<sup>187</sup> En los arts. II.-9:402(1) DCFR y 82 CESL la transparencia también se exige en la *comunicación* del clausulado (a cualquier adherente en DCFR y al consumidor en CESL); en el art 80 FS se exige en la *presentación* de las cláusulas al consumidor, de manera comprensible y *accesible*: *vid. supra* n. 181.

<sup>188</sup> Planteamiento desarrollado en nuestra doctrina científica por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Cizur Menor, 2004, y como precursor, MIGUEL GONZÁLEZ, J. M., «DA I.ª3», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 913-914, al indicar que la transparencia de los elementos esenciales cumple el fin de garantizar el conocimiento de la carga económica del contrato y la elección de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia.

<sup>189</sup> Afirmación hecha en STS 24.3.2015, FJ 3.º, pto. 3, reproducida en STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3. En opinión del TS (*ib.*), esa conexión responde a que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra empresa, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados.

contramos, tras la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, en el § 307 BGB, relativo al control de contenido (*Inhaltskontrolle*, limitado a las condiciones generales pero no al ámbito B2C), cuyo Abs. 1 estima una *desventaja irrazonable*<sup>190</sup> (*unangemessene Benachteiligung*) que la disposición no sea clara y comprensible.

El deber de transparencia tampoco se prevé en dichos textos como uno de los factores a tener en cuenta para el juicio de abusividad (salvo en FS y CESL), limitándose a los previstos en la Directiva 93/13, que, según vimos al principio de este apartado, son los de su art. 4.1, esto es, la *naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato*, las *circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*, y las *demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa*; criterios todos ellos presentes en PECL [art. 4:110(1)<sup>191</sup>], ACQP [art. 6:301(1)<sup>192</sup>], TRLCU (art. 82.3), PMCC (art. 1262.2), y en el propio DCFR, art. II.-9:407(1)<sup>193</sup> [así como en FS y CESL, para B2C, arts. 82

<sup>190</sup> Los parámetros empleados por el BGB para determinar si las condiciones generales (*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, o *standard business terms*, en la terminología del BGB, de cuyo concepto *ex* § 305 Abs. 1 se excluyen las cláusulas negociadas detalladamente) resultan válidas en cuanto a su contenido son la *buena fe* y, en sentido negativo, la *desventaja irrazonable*, de modo que la disposición será ineficaz si produce tal desventaja (que puede derivar de una falta de transparencia) al adherente –consumidor o no– pese a las exigencias de la buena fe. Prescinde el BGB, en § 307 Abs. 1, de la referencia al «desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes» presente en el art. 3.1 Directiva 93/13, y que tampoco se encuentra en el DCFR (arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405) ni en el BW (art. 6:233), según vimos antes.

<sup>191</sup> Si bien es cierto que este precepto no hace una formulación idéntica de los factores valorativos que la Directiva, concretamente en dos de ellos: en vez de atender a la *naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato* (4.1 Directiva), el art. 4:110(1) PECL habla de atender a la *naturaleza de la prestación debida*; y mientras la Directiva sienta que han de considerarse no solo las demás cláusulas del contrato sino también las de otro contrato del que eventualmente dependa aquel, los PECL silencian este último extremo, debiéndose atender a las cláusulas del propio contrato donde se inserta la estipulación controvertida.

<sup>192</sup> Los comentaristas del precepto señalan que este requiere una evaluación abstracta de la abusividad de la cláusula en sí misma de acuerdo con su contenido, análisis que está en consonancia con los criterios establecidos en la segunda parte del aptdo. 1, ya que tales criterios son abstractos (la naturaleza de los bienes y servicios, otras cláusulas del contrato), y en cuanto a la referencia que también hace a las circunstancias de la celebración del contrato, esto puede en algunos casos justificar una modificación del resultado de la evaluación abstracta inicial (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:301», 2007, p. 238, 2009, p. 323).

<sup>193</sup> En los Comentarios a este artículo se advierte que el punto de partida en el test de abusividad es la evaluación abstracta de la concreta cláusula y no la aceptación general del contrato en su conjunto (que es irrelevante), si bien otras cláusulas del contrato o de cualquier otro del que dependa también están incluidas en dicha evaluación, lo cual no supone que el predisponente pueda justificar la inclusión de una cláusula eventualmente abusiva mediante la introducción de otra cláusula favorable al adherente, salvo que exista una estrecha conexión entre ambas, de modo que esta última constituya una efectiva compensación de aquella –en particular, un precio bajo no puede justificar las cláusulas abusivas a menos que este acuerdo sea el resultado de una negociación individual–; la referencia a las «otras cláusulas» solo significa que el efecto de una cláusula puede estar influenciada por otras cláusulas (DCFR, *Full Edition*, «II.-9:407», p. 650). Estas puntualizaciones también son aplicables a los ACQP, de hecho el Comentario B sobre el art. II.-9:407 DCFR reproduce partes del B.3 sobre el art. 6:301 ACQP (cfr. PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:301», 2007, p. 238), si bien respecto a las «circunstancias concurrentes durante la celebración del contrato» el comentario del DCFR se muestra más contundente, al indicar que este factor solo puede influir en el resul-

y 83.2(b)–(e) respectivamente, y para B2B, arts. 85(2) FS y 86.2 CESL], donde se añade el deber de transparencia como otro factor valorativo en la apreciación del carácter abusivo en todos los contratos [en FS, art. 82, y CESL, art. 83.2(a), solo para B2C], y, además, advirtiendo que al atender a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración se habrá de considerar, en contrato B2C, si al consumidor se le dio una oportunidad real de conocer la cláusula *antes* de celebrarse el contrato [art. II.-9:407(2)].

El no darle al adherente la oportunidad real de familiarizarse *a priori* con la cláusula predispuesta se circunscribe en el DCFR a criterio de valoración de abusividad *específico* (limitado al ámbito B2C), a indicio de que la concreta cláusula puede ser abusiva. Esta regla resulta desconocida en el acervo comunitario y nacional<sup>194</sup>, así como en los PECL y ACQP, si bien en estos últimos [art. 6:201(4) ACQP] se prevé la no vinculación del consumidor por las *cláusulas* –no negociadas individualmente– *que no tuvo oportunidad real de conocer antes de la celebración del contrato*, pero no por resultar tales cláusulas indiciariamente abusivas [al modo del art. II.-9:407(2) DCFR] con ulterior comprobación de tal sospecha<sup>195</sup>, sino por suponer un incumplimiento de los requisitos de inclusión. Por tanto, en los ACQP tales cláusulas son directamente no vinculantes para el consumidor, mientras que en el DCFR solo lo son potencialmente<sup>196</sup>: en los ACQP se entienden no incorporadas, en el DCFR sí –siempre y cuando se cumplan los requerimientos del art. II.-9:103–, sin per-

---

tado del test de abusividad en casos excepcionales, por ejemplo cuando de la evaluación abstracta resulta que la cláusula está en la frontera de lo abusivo no se considerará abusiva si el predisponente ha realizado un especial esfuerzo para explicar las consecuencias de tal cláusula al adherente (DCFR, *ib.*).

<sup>194</sup> Como antes comentamos (*vid. supra* n. 182), los únicos parámetros del control de contenido previstos en el art. 82.1 TRLCU son la buena fe y el equilibrio contractual, requisitos que deben reunir las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C conforme a la letra c) del art. 80.1 TRLCU, precepto este que también contempla, en su letra b), la «*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*», requisito que, sin embargo, no ha sido conectado por el legislador con el juicio de abusividad [*idem* requisito previsto en art. 80.1, a) TRLCU]. A diferencia, por tanto, del art. II.-9:407(2) DCFR, en el TRLCU la apreciación de abusividad es independiente del mayor o menor conocimiento de la cláusula por el consumidor; si bien, como otra cara de la moneda, el legislador ha previsto la ineficacia del clausulado abusivo aun cuando el consumidor lo hubiese firmado informado y conscientemente, es decir, aunque se hubieran cumplido los requisitos del control de inclusión. Esta rígida bipartición entre control de inclusión y de contenido cuenta con la excepción del art. 89.1 TRLCU, que considera en todo caso abusivas «*las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*» (BLANDINO, *op. cit.*, p. 678).

<sup>195</sup> El indicio de abusividad requiere la efectiva refutación de esta conforme a los parámetros, en este caso, del art. II.-9:403 DCFR [ya que la regla del art. II.-9:407(2) es solo de ámbito B2C, de hecho, remite a aquel precepto], para que surta el «efecto» previsto en el art. II.-9:408 para las cláusulas abusivas, esto es, su no vinculación para la parte que no las predispuso (sobre esto último remitimos *infra*, epígrafe 3.2.1. A).

<sup>196</sup> Sobre las consecuencias prácticas de la diferente redacción de tales preceptos [art. II.-9:407(2) DCFR y art. 6:201(4) ACQP], da cuenta PFEIFFER, T., «Non-negotiated terms», en Schulze, R. (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2009, pp. 186 y 187.

juicio de su sujeción al test de equidad, al que se llegará con la sospecha de su abusividad.

El art. II.-9:103 DCFR impone al predisponente un deber de advertir a la otra parte –consumidor o no– de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente *antes o durante* la celebración del contrato, so pena de ser *inoponibles* al adherente. El predisponente cumple con este deber de advertencia (predicable de todos los contratos en que se usen cláusulas no negociadas individualmente) si tomó las *medidas razonables* para llamar la atención al otro respecto de dichas cláusulas, pero tales medidas no comprenden la posibilidad de conocimiento efectivo del clausulado (tan solo un preaviso de que serán utilizadas dichas cláusulas), requerimiento que se reserva para el ámbito B2C y que ha de verificarse *antes* de celebrarse el contrato [art. II.-9:407(2), que vendría así a constituir una intensificación de la regla general del art. art. II.-9:103<sup>197</sup>]. En los PECL también se contempla el deber del predisponente de adoptar las *medidas razonables* para que el adherente repare en las cláusulas no negociadas individualmente antes o en el momento de celebrarse el contrato (bajo sanción de inoponibilidad, art. 2:104 PECL), deber igualmente recogido en los ACQP [como requisito de inclusión, art. 6:201(1)], que prevén una regla más estricta para contratos con consumidor, ya que este ha de tener la oportunidad real de conocerlas antes de la celebración [también como requisito de inclusión, art. 6:201(4)].

En los ACQP la falta de adopción de dichas medidas razonables y la no concesión (al consumidor) de oportunidad real de conocimiento [art. 6:201(1) y (4), respectivamente] acarrearán las mismas consecuencias (no vinculación por incumplimiento de requisitos de inclusión), lo cual no acontece en el DCFR<sup>198</sup>, donde la infracción del deber previsto en art. II.-9:103 impide la invocación de las cláusulas frente al adherente (no quedan incorporadas, salvo que este lo desee<sup>199</sup>), mientras que la ausencia de aquella específica oportunidad supone, como hemos visto, que la cláusula que el consumidor no tuvo ocasión real de conocer sea indiciariamente abusiva [art. II.-9:407(2)]. En el art. II.-9:103 DCFR se inspiró tanto el art. 86 FS como el original art. 70 CESL –suprimido por *RPE 2014*, enmienda 143–, si bien mientras en este último la sanción que acarrearaba la no adopción de medidas razonables, al objeto de llamar la atención sobre las cláusulas no negociadas individualmente, era la mis-

<sup>197</sup> DCFR, *Full Edition*, «II.-9:407», p. 651.

<sup>198</sup> Sobre esta falta de coincidencia, en cuanto a las consecuencias que llevan consigo los arts. II.-9:103 y II.-9:407(2) DCFR, *vid.* BLANDINO, *op. cit.*, p. 677.

<sup>199</sup> DCFR, *ib.*

ma que la prevista en el DCFR<sup>200</sup>, para el FS las cláusulas introducidas con infracción de dicho deber resultan no vinculantes *pero por ser abusivas* [cfr. arts. II.-9:103(1) DCFR y 86(1) FS en relación con 77(1) FS].

A nivel de Derecho comparado, ya vimos que el art. 6:233 BW, aplicable a todos los contratos con condiciones generales, prevé un control de estas basándose en un parámetro abstracto<sup>201</sup>, pero también (de forma no cumulativa) en uno muy preciso, cual es el cumplimiento por el predisponente de la obligación consistente en darle a la contraparte una oportunidad razonable de conocer el contenido de las condiciones generales<sup>202</sup>.

Téngase en cuenta que la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008 preveía en su art. 31.2 la obligación de poner a disposición del consumidor las cláusulas contractuales (que debían redactarse en términos claros y comprensibles, y ser legibles, según art. 31.1) de forma que le permitiesen, de acuerdo con el medio de comunicación utilizado por el profesional, familiarizarse *verdaderamente* con ellas *antes* de celebrarse el contrato<sup>203</sup>. La infracción de esta regla, circunscrita a los «*requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales*» (tal rezaba el rótulo del art. 31 Propuesta), tenía originariamente como consecuencia que la cláusula fuera considerada indiciariamente abusiva, al situar dicha infracción dentro de los factores valorativos de abusividad previstos en la Propuesta (art. 32.2<sup>204</sup>), de modo similar

---

<sup>200</sup> La redacción del art. 70.1 CESL era casi idéntica a la del art. II.-9:103(1) DCFR, de ahí que la sanción fuera la misma (imposibilidad de invocación) y que el deber del predisponente de cláusulas no negociadas individualmente se limitara a una obligación de advertencia de que dichas cláusulas serán utilizadas. Por tanto, la elección del instrumento opcional podía conducir a una reducción del nivel de protección del adherente en comparación con lo previsto en ordenamientos como el español o el alemán (donde las condiciones predisuestas solo formarán parte del contrato si son accesibles: § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, arts. 5.1 LCGC y 80.1, a TRLCU), salvo que se realizase una interpretación amplia del art. 70 CESL en el sentido de que las *medidas razonables* comprenden también la posibilidad de conocimiento efectivo del clausulado (EBERS, *op. cit.*, 2012, p. 16), como por ejemplo la PMCC al establecer que las condiciones generales solo quedan incorporadas si el predisponente adoptó en tiempo oportuno las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y *contenido* de las que están destinadas a incorporarse al contrato (art. 1261.2), por tanto el conocimiento no solo se refiere a la existencia sino también al contenido.

<sup>201</sup> La letra *a*) de dicho precepto permite impugnar las condiciones que causen un *gravamen irrazonable* al adherente, lo cual habrá de comprobarse mediante ciertos factores valorativos: *vid. supra* n. 167.

<sup>202</sup> Art. 6:233 *b*) BW, *vid. supra* n. 168.

<sup>203</sup> La norma trataba de garantizar en lo posible la correcta formación de la voluntad contractual del consumidor adherente, procurándole un conocimiento completo, tanto físico –puesta a disposición– como intelectual –legibilidad, redacción clara y comprensible–, de las cláusulas a las que somete, como presupuesto para la emisión de un consentimiento consciente (CARBALLO, *op. cit.*, p. 11).

<sup>204</sup> En su redacción original el aptdo. 2 del art. 32 contemplaba los mismos factores que la Directiva 93/13 (art. 4.1), añadiendo en su inciso final que «*para evaluar la equidad de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31*». Como hemos dicho, el art. 31 no solo establecía la exigencia de redacción clara y comprensible del clausulado predispuesto (aptdo. 1) sino

al art. II.-9:407(2) DCFR, esto es, como criterio de apreciación de su eventual carácter abusivo, pendiente de verificar la efectiva existencia de los elementos configuradores de tal carácter<sup>205</sup>. Esto supondría un cambio importante respecto a las previsiones de la Directiva 93/13<sup>206</sup>, que no contempla la oportunidad cognitiva –real y previa– del clausulado entre los factores establecidos en su art. 4.1 (ni tampoco como un requisito de transparencia<sup>207</sup>); sin perjuicio de que su falta pueda ser determinante para enjuiciar la abusividad de las «cláusulas de referencia», según el aptdo. 1(i) del Anexo Directiva 93/13<sup>208</sup> (previsión similar, aunque dentro de una lista negra, se encuentra en art. 89.1 TRL-CU). Mas en la Propuesta modificada de fecha 24.3.2011 la infracción de

---

también la de emplear una técnica comunicativa de dicho clausulado tal que posibilitara realmente su conocimiento con carácter previo a la celebración del contrato (aptdo. 2). Por tanto, el cumplimiento de *ambas* «obligaciones de transparencia» habría de tenerse en cuenta para evaluar el eventual carácter abusivo del clausulado; esto se vio de forma más nítida en la Propuesta modificada el 24.3.11, que introdujo en el art. 32 un aptdo. 2 *bis*, cuyo primer inciso rezaba igual que el art. 32.2 *in fine* pero aclarando que la referencia al art. 31 se hacía respecto a sus «*apartados 1 y 2*».

<sup>205</sup> Recogidos en el art. 32.1 Propuesta y coincidentes con los previstos en el art. 3.1 Directiva 93/13.

<sup>206</sup> A la cual iba a dejar sin efecto la proyectada Directiva sobre los derechos de los consumidores, premisa de la que partía la Propuesta y que finalmente no cristalizó.

<sup>207</sup> En los antecedentes de la Directiva 93/13 se contemplaba el derecho a la información precontractual del consumidor junto al principio de transparencia. En efecto, en la Propuesta modificada de Directiva de 1992, la Comisión, en su afán de garantizar que el consumidor estuviera en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa, introdujo una disposición en este sentido, concretamente en el aptdo. 2 del art. 5. Este precepto regulaba, en su aptdo. 1, el principio de transparencia (y la regla *contra proferentem*, de hecho, salvo por su inciso final este art. 5.1 es casi idéntico al actual art. 5), tras lo cual, en su aptdo. 2, se establecía que «*con independencia de su conformidad o no conformidad a derecho, las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación por separado solo se considerarán aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido la posibilidad de tener conocimiento real de las mismas antes de firmar el contrato*». El Consejo, aunque favorable a la atribución del derecho de información al consumidor, suprimió del texto cualquier referencia al mismo porque consideró que dicha atribución no correspondía al marco jurídico de la Directiva sino a las normativas nacionales que rigen la celebración de los contratos. No obstante, la Comisión ha señalado que algunos elementos de la Directiva 93/13 –el vigésimo Considerando y el aptdo. 1(i) del Anexo– se prestan a un interpretación favorable a un reconocimiento implícito del derecho a la información precontractual del consumidor (COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 18).

<sup>208</sup> Como es sabido este Anexo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (art. 3.3 Directiva 93/13), y en dicha lista gris se encuentran –letra i) del aptdo. 1– las que hagan «*constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*» (por su parte, el vigésimo Considerando de la Directiva 93/13 precisa que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato). Basándose en esta norma, los ACQP (art. 6:201) y el DCFR (art. II.-9:103) prevén la obligación de advertencia al adherente acerca de las condiciones contractuales (EBERS, *op. cit.*, 2012, p. 15), también presente en los PECL (art. 2:104), aclarando los tres que dicha obligación no se entenderá cumplida con la mera referencia a las cláusulas en el documento del contrato, incluso si este se firma por la otra parte –sea consumidor o no– [aptos. (2) de los arts. 2:104 PECL y 6:201 ACQP, y aptdo. (3)(b) del art. II.-9:103 DCFR, que vendrían así a clarificar el deber de advertir la existencia de cláusulas no negociadas individualmente, previsto en los aptos. (1) de dichos preceptos]. Por basarse en el DCFR, el FS reproduce en su art. 86(2) lo dispuesto en art. II.-9:103(3)(b) DCFR, pero solo para contratos B2C, lo que igualmente hacía el art. 70(2) CESL hasta que fue suprimido por *RPE 2014* (enmienda 143).

aquella regla pasó a tener como consecuencia que la cláusula pudiera ser considerada directamente abusiva por este solo motivo; lo que también era predicable –en el texto enmendado en dicha fecha– de la cláusula predispuesta por el profesional con infracción de la obligación de transparencia prevista en art. 31.1 (redacción clara y comprensible), de modo semejante al art. II-9:402(2) DCFR.

Dado que el texto final de la Directiva 2011/83 no llegó a derogar la 93/13, ni tampoco a modificarla (salvo la introducción del nuevo art. 8 *bis*), el tratamiento del deber de transparencia previsto en la Propuesta no cristalizó en la práctica. De haberlo hecho el impacto en el régimen vigente resultaría trascendental, ya que la previsión era conectar la falta de transparencia (no solo en la redacción del clausulado sino también en su puesta a disposición comunicativa, aptdos. 1 y 2 del art. 31 Propuesta) con el juicio de abusividad, originariamente como factor de apreciación del eventual carácter abusivo del clausulado y, posteriormente (desde el 24.3.2011 al 23.6.2011<sup>209</sup>), como motivo *per se* de abusividad, radicalizándose así su impacto en la valoración de la justicia del contrato<sup>210</sup>.

Se esté o no de acuerdo con dicho planteamiento –que finalmente no vio la luz–, lo cierto es que pudiera haber aportado a nuestro ordenamiento un asidero normativo que posibilitara relacionar nítidamente la cuestión de la transparencia y el control de abusividad. Y es que el ordenamiento español está huérfano de dicho asidero, al contrario de lo que sucede en Alemania, donde,

---

<sup>209</sup> A través de la enmienda n.º 176, aprobada el 24.3.2011, se modificó el art. 32 Propuesta introduciendo un aptdo. 2 *bis*, que supuso sacar el inciso final del art. 32.2 (la enmienda n.º 175 lo eliminó de su redacción) reformulándolo en un aptdo. independiente, el 2 *bis*, que, *in fine*, establecía que «*toda cláusula que haya sido propuesta por el comerciante en infracción de las obligaciones de transparencia impuestas en el artículo 31, apartados 1 y 2, podrá ser considerada abusiva por ese único motivo*» (la votación de las enmiendas por los europarlamentarios, en la sesión del 24.3.2011, se puede ver en *DO C* 169, de 9.6.2011, pp. 58 y 59). La posición del Parlamento sobre la Propuesta, fijada provisionalmente en marzo de 2011, quedó no obstante reemplazada finalmente por otra fruto de un acuerdo interinstitucional alcanzado el 6.6.2011 (tras una intensa reunión de representantes de Parlamento, Consejo y Comisión), refrendado el 23.6.2011 en la eurocámara, que supuso la supresión del capítulo V de la Propuesta y, con ello, el mantenimiento de la Directiva 93/13.

<sup>210</sup> Dicha radicalización era postulada por CARBALLO antes de que se modificara la Propuesta en marzo de 2011. En efecto, al analizar el texto inicial de la Propuesta, concretamente el último inciso del art. 32.2, ya advertía que el enfoque previsto para la falta de transparencia no era adecuado, en el sentido de que se relegaba la defectuosa comunicación o redacción de la cláusula a criterio de apreciación de su eventual carácter abusivo, de modo que su ineficacia pasaría, más allá de su cognoscibilidad real, por producir un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, con el riesgo por tanto de dejar la cláusula oscura o incomprensible sin sanción alguna; no obstante señalaba que, aun cuando sería razonablemente satisfactoria la introducción de una norma al estilo del art. II-9:402(2) DCFR –como de hecho así ocurrió en la Propuesta modificada de 24.3.2011–, más adecuada sería la solución consistente en sancionar la falta de transparencia de la cláusula, abstracción hecha del desequilibrio que genere, con su no incorporación o inoponibilidad al adherente (CARBALLO, *op. cit.*, pp. 14 y 15).

tras la reforma del BGB operada por la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, el *Transparenzgebot* se ha introducido en el § 307 BGB (Abs. 1 S. 2) relativo al control de contenido, y las reglas de cláusulas sorprendentes (*überraschende Klauseln*) y «contra proferentem» (*Unklarheitenregel*) de interpretación de las cláusulas ambiguas (*meherdeutige Klauseln*) se han unido en un único precepto –§ 305c BGB– en dos apartados respectivos, como si ahora el deber de transparencia se proyectase sobre toda la disciplina de las condiciones generales, puesto que ambas reglas no pueden estar en el mismo marco normativo si no se unen por un lazo que les dé sostén<sup>211</sup>. Sería deseable que aquí la Comisión General de Codificación, autora de la PMCC, apostara por incluir el *Transparenzgebot* en un futuro proyecto, de modo que finalmente tuviese reflejo en el Código Civil español.

### 2.3.2 Interpretación jurisprudencial europea y nacional

Como hemos visto, la Directiva 93/13 establece en su art. 3.1 los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula (no negociada individualmente, en contrato B2C<sup>212</sup>), cuales son la contravención a la buena fe y la irrogación al consumidor de un desequilibrio contractual importante. Sin embargo, no aclara dicho precepto cuál es la relación entre el principio de buena fe y ese desequilibrio, lo que puede dar lugar a que tales elementos sean entendidos de forma cumulativa o alternativa, o en el sentido de que cualquier cláusula que genera un desequilibrio significativo es siempre contraria a la buena fe<sup>213</sup>. Es más, tampoco precisa qué debe entenderse por desequilibrio *importante* entre los derechos y obligaciones contractuales, ni en qué circunstancias se causa ese desequilibrio *pese a las exigencias de la buena fe*; limitándose la Directiva a poner «en suerte» tales elementos y dar unos factores de ponderación (en su art. 4.1) a tener en cuenta en el enjuiciamiento de abusividad.

<sup>211</sup> INFANTE RUIZ, F. J., «La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto: a propósito de la Sentencia TJCE, Sala 1.ª, de 9 de septiembre de 2004», en *RdP*, n.º 15, 2005, p. 165.

<sup>212</sup> Falta de negociación individual y ámbito B2C son los dos requisitos *sine qua non* que el Tribunal de Justicia ha señalado para que una cláusula pueda ser calificada como abusiva a la luz de la Directiva 93/13 (Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 21).

<sup>213</sup> Esta ambigüedad en la redacción del art. 3.1 Directiva 93/13 ya fue puesta de manifiesto por EBERS, recomendando una clarificación al respecto; *vid.* EBERS, M., «Unfair Contract Terms Directive (93/13)», en SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLESNER, C./EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, 2008, pp. 200-202.

Y dado que en España el TRLCU reproduce tal cual unos y otros (elementos y factores, en aptdos. 1 y 3 del art. 82, respectivamente), a diferencia de otros ordenamientos donde se percibe un mayor esfuerzo legislativo<sup>214</sup>, solo nos queda acudir a la jurisprudencia para encontrar una interpretación clarificadora de aquellos. En este sentido el Tribunal de Justicia ha proporcionado indicaciones que el juez nacional debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo, a lo que hay que añadir los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo. Lo veremos a continuación, con la advertencia de que se trata de criterios interpretativos *generales*, esto es, para la apreciación del eventual carácter abusivo de cualquier cláusula no negociada individualmente en ámbito B2C, abstracción hecha del concreto tipo de contrato y de la específica cláusula de que se trate, para lo cual también existen criterios interpretativos *particulares* proporcionados por la jurisprudencia y que analizaremos posteriormente.

#### A) DESEQUILIBRIO CONTRACTUAL IMPORTANTE Y FACTORES PONDERATIVOS

Centrándonos ahora en los criterios interpretativos generales, empezaremos con el referente al concepto de «*desequilibrio importante*» entre los dere-

---

<sup>214</sup> Por ejemplo el alemán, que, tras establecer los elementos que impiden superar el control de contenido –«desventaja irrazonable», contraria a la buena fe, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB–, da unos criterios para apreciar la existencia de una *desventaja irrazonable*, como es la falta de transparencia (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB), así como, en caso de duda, la incompatibilidad de la cláusula con las líneas fundamentales de la disposición legal de la que se desvía (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), o que la cláusula limite los derechos o deberes esenciales que se derivan de la naturaleza del contrato de tal forma que ponga en peligro la consecución del fin contractual (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Otro ejemplo es el Reino Unido, que al transponer la Directiva 93/13, mediante la UTCCR 1994, expresamente estableció que para determinar si una cláusula cumple con el requisito de «buena fe» habría que tener en cuenta unos factores específicos [Reg. 4(3) UTCCR 1994], los cuales se contenían en una lista aparte, concretamente en *Schedule 2* UTCCR 1994: la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor, y si el profesional ha tratado de manera leal y equitativa al consumidor. La UTCCR 1994 fue reemplazada el 1.10.1999 por la UTCCR 1999, y aunque esta era muy similar a la anterior, hubo un cambio importante –aparentemente–, y es que el *Schedule 2* ya no trataba sobre la valoración de la buena fe, sino que contenía la lista indicativa de cláusulas no equitativas (antes en *Schedule 3*), respondiendo este cambio, según la OFT, a que el antiguo *Schedule 2* incorporaba fundamentalmente material de los Considerandos de la Directiva 93/13 –concretamente el decimosexto–, no de las disposiciones sustantivas de la directiva, si bien la ausencia de esos factores de valoración en la UTCCR 1999 no tenía trascendencia práctica ya que debía prestarse atención a los Considerandos de la directiva para interpretar la UTCCR 1999 (OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair Contract Terms Bulletin*, Issue No 8, Dec. 1999, p. 3; accesible en [www.offt.gov.uk](http://www.offt.gov.uk)). Analiza la desaparición del *Schedule 2* UTCCR 1994 en la UTCCR 1999, MICKLITZ, *op. cit.*, 2005, p. 396. Para una definición del requisito de buena fe, proporcionada por la propia OFT a los efectos del test de equidad, *vid.* OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair contract terms guidance*, Sep. 2008, p. 9 (accesible en [www.offt.gov.uk](http://www.offt.gov.uk)).

*chos y obligaciones contractuales*, en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13 y art. 82.1 TRLCU. Téngase en cuenta que el sistema de protección establecido por la directiva, y seguido por el TRLCU, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de estas<sup>215</sup>. El legislador parte de la base de que los contenidos contractuales no han sido fruto de una negociación entre las partes (si lo fuesen no sería aplicable esta normativa), de manera que los derechos y obligaciones que nacen del contrato no son una consecuencia natural y coherente de la ponderación de intereses de ambas partes, las estipulaciones que se introducen en aquel no tienen su justificación y explicación en la dialéctica entre dichos intereses; al no existir esta dialéctica el legislador ha pretendido preservar el interés del consumidor del uso del consiguiente poder del profesional predisponente para romper el equilibrio en desventaja de aquel<sup>216</sup>.

Según el Tribunal de Justicia, *para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor tal efecto desequilibrador es preciso realizar un doble examen*<sup>217</sup>: por un lado, un análisis comparativo entre lo previsto en contrato y normas nacionales en defecto de pacto para determinar si la cláusula deja al consumidor en una situación menos favorable que la norma nacional aplicable a falta de acuerdo<sup>218</sup>; por otro, un examen de la situación jurídica de dicho consumidor en función de los medios de que dispone en la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas. Por tanto, si comparando la estipulación contractual con la legal que sería aplicable en su defecto (Derecho dispositivo) resulta que esta última prevé un escenario más favorable para el consumidor que aquella, tal cláusula contractual *podrá* provocar una alteración abusiva de derechos y deberes contractuales en detrimento del consumidor, y en conjunción con lo anterior también habrá de tenerse en cuenta qué

<sup>215</sup> STJ 15.3.2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10 (en adelante, Sentencia *Pereničová y Perenič*), aptdo. 27; Sentencia *Invitel*, aptdo. 33; Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 41.

<sup>216</sup> BUSTO LAGO, J. M. y PEÑA LÓPEZ, F., «Las estipulaciones contractuales predisuestas por el empresario en la relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, p. 185.

<sup>217</sup> Según se extrae de la Sentencia *Aziz* (aptdo. 68), que sigue esencialmente a la Abogada General KOKOTT, J., *Conclusiones en el Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, presentadas el 8.11.2012 (ECLI: EU: C:2012:700), enfoque también presente en Auto *Sebestyén*, aptdo. 27, y Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 59.

<sup>218</sup> Idea que se reitera en Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 21.

posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional –incluido el procesal– para poner remedio a los efectos de la cláusula eventualmente abusiva<sup>219</sup>.

Para determinar si existe ese «desequilibrio importante», no basta –dice el Tribunal de Justicia– con realizar una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que descansa en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que la cláusula controvertida pone a cargo del consumidor, por otro. *Un desequilibrio importante puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado* (criterio acogido por el Tribunal Supremo<sup>220</sup>), en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según tales disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de tales derechos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales<sup>221</sup>.

Ahora bien, en el análisis antes señalado habrá que considerar si la cláusula produce el efecto desequilibrador *en el conjunto del contrato y del eventual contrato conexo al mismo*, pues dispone el art. 4.1 *in fine* Directiva 93/13, y art. 82.3 *in fine* TRLCU, que el carácter abusivo se apreciará considerando «todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que éste dependa». La introducción de este factor de ponderación, así como los restantes del art. 4.1 de la Directiva, obedece a que esta, en su art. 3.1, delimita tan solo de

---

<sup>219</sup> Hay que analizar si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual a favor de quien ejerza la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión (KOKOTT, *op. cit.*, 2012, ptos. 75 y 78).

<sup>220</sup> STS 12.3.2014, FJ 5.º, con expresa cita a la Sentencia *Constructora Principado*. Al respecto advertía HUALDE MANSO, T. («Pago de plusvalía en la venta de inmuebles y abusividad», en *AC-M*, n.º 3/2014, versión electrónica, BIB 2014\1537, p. 2) que el entendimiento mayoritario del concepto de «desequilibrio contractual» era considerado en muchos tribunales desde un punto de vista estrictamente económico, *deformando el espíritu y la finalidad de las normas sobre cláusulas abusivas*, pues el régimen de la abusividad de los pactos con consumidores no se construye sobre la cuantía o el sacrificio económico que implica la imposición de una obligación al consumidor, sino sobre el sacrificio obligatorio injustificado e impuesto por la otra parte. Para HUALDE lo que ha de analizarse en la abusividad es la existencia de sobrecargas negociales que tengan su origen en la predisposición de la sobrecarga por parte del profesional.

<sup>221</sup> Sentencia *Constructora Principado*, aptdos. 22 y 23. Se daba así respuesta a la cuestión prejudicial planteada por AAP Asturias, Secc. 1.ª de Oviedo, 7.5.2012, en relación con una cláusula que trasladaba a un comprador de vivienda el pago de la plusvalía, preguntando la AP si el desequilibrio al que se refiere el art. 3.1 Directiva 93/13 debía interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional, o si el hecho de que la Directiva exija que tal desequilibrio sea «importante» requiere además una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación. El criterio del TJ es, como vemos, que tal cláusula puede suponer ese desequilibrio, a pesar de que el coste del impuesto sea irrelevante en comparación con el precio de la vivienda y, por ende, no suponga una gran incidencia económica para el consumidor. Sobre la repercusión de impuestos al comprador remitimos *infra*, epígrafe 4.3.5. B.

manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no se haya negociado individualmente<sup>222</sup>. Puede darse el caso de que para el consumidor fuera más beneficiosa la aplicación de la disposición legal que operaría en defecto de la concreta cláusula, pero el desequilibrio se pondera en relación con el contenido del resto del contrato, esto es, con el contrato (o contratos conexos) considerado en su totalidad, lo que podría llevar a que la cláusula no fuese declarada abusiva si esa concreta falta de beneficio normativo se viera compensada con otras disposiciones contractuales que supusieran una equivalencia *global* de derechos y obligaciones.

Aquí es de menester recordar, como ha hecho el Tribunal Supremo, que no existe en el Derecho de la UE ni en el español norma alguna que refiera el desequilibrio entre derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato; la finalidad de la normativa de consumo impone entender que el equilibrio jurídico es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el profesional haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones, pues el desequilibrio puede manifestarse en la oferta, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos, y por tanto no impide el control del carácter abusivo de las cláusulas el hecho de que se inserten en contratos en que el profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación<sup>223</sup>.

## B) DESEQUILIBRIO CONTRARIO A LA BUENA FE Y CONTEXTUALIZACIÓN. REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES

Téngase presente que aun cuando una cláusula contractual deje al consumidor en peor situación que la regulación legal, ello no implica necesariamente una alteración del equilibrio contractual que deba calificarse de abusiva en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13, calificación que solo es posible si dicho desequilibrio se produce contra las exigencias de la buena fe<sup>224</sup>. La presencia de estos elementos (desequilibrio contractual importante y contravención a la

<sup>222</sup> Sentencia *Comisión/Suecia*, aptdo. 17; Sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 19; Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 37; Sentencia *Aziz*, aptdo. 67; Auto *Sebestyén*, aptdo. 26.

<sup>223</sup> STS 9.5.13, aptdos. 243, 245 y 246 c).

<sup>224</sup> De este modo se garantiza el principio de libertad contractual y se reconoce que las partes tienen con frecuencia un interés legítimo en configurar sus relaciones contractuales apartándose de la situación regulada legalmente (КОКОТ, *op. cit.*, 2012, ptos. 72 y 73).

buena fe) debe darse de forma cumulativa, pues puede ocurrir que la cláusula produzca dicha alteración pero que esté justificada en razones objetivas relacionadas con el fin perseguido por el contrato o que sea respetuosa con las legítimas expectativas del consumidor en dicho contrato, en cuyo caso no podrá ser considerada abusiva. Lo relevante no es solo la existencia del desequilibrio importante (que puede responder al principio de libertad contractual), sino que el profesional, al predisponer la cláusula, *atienda a su exclusivo beneficio contractual* de forma injustificada; la cuestión es, por tanto, qué criterio debe seguirse para constatar esto último.

Pues bien, *para determinar si una cláusula causa tal desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe»* habrá que analizar, según el Tribunal de Justicia, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría la cláusula en el marco de una negociación individual<sup>225</sup>. Esto es, resulta preciso un examen comparativo, en este caso hipotético<sup>226</sup>: hay que confrontar el escenario en que se ha contratado (sin negociación individualizada) y aquel en que podía haberse contratado (con negociación individual del clausulado), y si situándonos en este último, presumiendo un trato leal del profesional, el consumidor previsiblemente no hubiera consentido la cláusula, cabría entender que dicho profesional no ha actuado de buena fe al predisponer e imponer —es decir, en el marco en que efectivamente se ha contratado— la cláusula generadora del constatado desequilibrio, porque razonablemente no podía considerar que en aquel escenario se hubiera aceptado dicha cláusula.

Pero solo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos y obligaciones contractuales, con respecto a la regu-

---

<sup>225</sup> Sentencia *Aziz*, aptdo. 69; Auto *Sebestyén*, aptdo. 28; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 60. Para una visión crítica de este criterio *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?» (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5, 2013, pp. 41-43.

<sup>226</sup> Al contrario que el análisis comparativo a realizar para apreciar la existencia del desequilibrio importante (en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13), que es objetivo y fácilmente constatable: comparar la regulación contractual con la legal que sería aplicable en defecto de aquella no entraña excesiva dificultad, y de ello se extrae una realidad, no una hipótesis, porque salvo casos extremos cualquier operador jurídico puede extraer objetivamente (fruto del puro contraste) cuál de las dos regulaciones es más beneficiosa para el consumidor. Aunque la Sentencia *Aziz* dice basarse, para establecer este criterio de determinación relativo a la buena fe, esencialmente en las conclusiones de KOKOTT (aptdo. 69 cita expresamente el pto. 74 de las conclusiones), lo cierto es que nos parece más acertada, por más precisa, la Abogada General, para quien habrá de considerarse que un desequilibrio es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que el predisponente no pueda considerar de buena fe que aquel hubiera dado su consentimiento a las condiciones del contrato en el marco de una negociación individual (KOKOTT, *op. cit.*, 2012, pto. 74).

lación legal, causa un importante e injustificado desequilibrio en detrimento del consumidor. En efecto, conforme al art. 4.1 Directiva 93/13 el carácter abusivo se apreciará teniendo en cuenta *la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en su celebración*<sup>227</sup>; de lo cual resulta, según ha indicado el Tribunal de Justicia, que deben apreciarse también las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional<sup>228</sup>. Más precisa se muestra la Abogada General KOKOTT, para quien en este contexto hay que analizar, entre otras cosas, si la cláusula controvertida es usual, es decir, si se utiliza habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario es inusual, así como si tal cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión, siendo por tanto relevante la configuración de las normas legales sobre la previsión contenida en el contrato de que se trate<sup>229</sup>.

Nos parece interesante la introducción que hace KOKOTT de la «habitualidad» de la cláusula en el juicio de abusividad, porque, en la contextualización a que obliga el art. 4.1 Directiva 93/13 (y art. 82.3 TRLCU), supone considerar

---

<sup>227</sup> Previsión igualmente contenida en el art. 82.3 TRLCU y que, para BUSTO LAGO y PEÑA LÓPEZ (*op. cit.*, pp. 187 y 188), supone dar entrada a un factor corrector del resultado derivado de la comparación entre el Derecho dispositivo y el clausulado contractual, factor que permite justificar un desequilibrio a causa de la presencia de motivos distintos de la desconsideración del interés del consumidor; *v. gr.*, no es igual un contrato de venta de primera mano que otro cuyo objeto sean bienes de segunda mano, pues el propio Derecho imperativo de la compraventa de bienes de consumo permite diferencias en el plazo de garantía y en la responsabilidad de vendedor, como tampoco es igual que el predisponente sea una empresa monopolista u otra que actúa en régimen competencial, ya que el carácter indiciario de las circunstancias en que se ha predispueta la cláusula por la primera hace pensar más en posibles abusos.

<sup>228</sup> Sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 21; ATJ 16.11.2010, *Pohotovost'*, C-76/10 (en adelante, Auto *Pohotovost'*), aptdo. 59; Sentencia *Aziz*, aptdo. 71; Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 24; Auto *Sebestyén*, aptdo. 29; Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 37; Auto 11.6.2015, C-602/13, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (en adelante, Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*), aptdo. 43; Auto 8.7.2015, C-90/14, *Banco Grupo Cajatres* (en adelante, Auto *Banco Grupo Cajatres*), aptdo. 27; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 61. En este sentido, señala el TJ que cuando el juez nacional aplica la normativa interna, está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (SSTJ 10.4.1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83 –en adelante, Sentencia *Von Colson y Kamann*–, aptdo. 26; 13.11.1990, *Marleasing*, C-106/89 –en adelante, Sentencia *Marleasing*–, aptdo. 8; 16.12.1993, *Wagner Miret*, C-334/92, aptdo. 20 –en adelante, Sentencia *Wagner Miret*–; 25.2.1999, *Carbonari y otros*, C-131/97, aptdo. 48; *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32; 4.7.2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, aptdo. 111; 5.10.2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01 –en adelante, Sentencia *Pfeiffer y otros*–, aptdo. 119; 24.1.2012, *Domínguez*, C-282/10, aptdo. 27; 15.1.2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, aptdo. 38; 27.1.2014, *OSA*, C-351/12, aptdo. 44; *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 64; *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 38).

<sup>229</sup> KOKOTT, *op. cit.*, 2012, ptos. 75 y 76.

el efecto sorpresivo que puede tener la cláusula inusual en las legítimas expectativas del consumidor<sup>230</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha acogido expresamente este criterio, quizás debido a que en la Directiva 93/13 no se contempla una prohibición de las cláusulas *sorprendentes*, que sí estaba presente en la Propuesta original de 1990 al prever las legítimas expectativas como uno de los parámetros de control. En efecto, en el art. 2.1 de la Propuesta original de Directiva de 1990 se establecían, de forma alternativa, hasta cuatro elementos configuradores de abusividad de la cláusula, fuera o no objeto de negociación individual: que causara un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor, o que implicara una ejecución del contrato indebidamente desfavorable para el consumidor, o que fuera incompatible con las exigencias de la buena fe<sup>231</sup>, o que implicara *una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar*. Este último supuesto, que proscibía las cláusulas sorprendentes por abusivas, se contenía con idénticos términos en la Propuesta modificada de 1992 para las cláusulas sin negociación individual (no para las cláusulas negociadas separadamente, que podían controlarse bajo otros supuestos), aunque necesariamente unido al parámetro de buena fe<sup>232</sup>.

El tratamiento que se le daba a las cláusulas sorprendentes en los antecedentes de la Directiva 93/13 (supuesto de cláusula abusiva y por tanto nula) difiere del modelo alemán, donde la sanción que reciben las *überraschende Klauseln* es su expulsión del contrato. Así resulta del § 305c Abs. 1 BGB, que tras definir las (refiriéndose a condiciones generales) como aquellas que de acuerdo con las circunstancias y, en particular con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que el adherente no espera encontrarlas, prescribe que no forman parte del contrato. La formulación es idéntica a la del antiguo

---

<sup>230</sup> Para PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2004, p. 209, la habitualidad de una cláusula será decisiva en la valoración de su carácter sorprendente cuando las legítimas expectativas del consumidor tengan su fuente en la naturaleza o tipicidad del contrato, no así cuando dichas expectativas deriven de las circunstancias del concreto contrato.

<sup>231</sup> Nótese que inicialmente el parámetro de buena fe no se entendía de forma cumulativa con el de equilibrio contractual para poder entender abusiva la cláusula, pues bastaba con que se contraviniera uno u otro, o alguno de los restantes establecidos en el art. 2.1 de la Propuesta original de Directiva.

<sup>232</sup> En la Propuesta modificada de Directiva de 1992 se produjo un deslinde de los parámetros de control establecidos originalmente en 1990: la buena fe, el equilibrio contractual y las legítimas expectativas servían para medir la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente, según el art. 3.1 de la Propuesta modificada, fijando de forma cumulativa la *bona fides* a los otros dos, que eran alternativos; mientras que su art. 4.1 recogía el restante supuesto formulado en la Propuesta inicial (la ejecución del contrato indebidamente desfavorable), al que añadía otro de nueva factura (la imposición en virtud del poder económico del profesional o a causa de la debilidad económica o intelectual del consumidor), debiendo darse ambos de forma conjunta para considerar abusiva una cláusula con independencia de que hubiera sido o no objeto de negociación individual.

§ 3 AGBG, que fue tomado como referencia en el Proyecto de LCGC de 1997<sup>233</sup> (en adelante, PLCGC), hasta el punto de que según su art. 5 c) no quedaban incorporadas al contrato las condiciones generales que «*de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*». Como es sabido dicha previsión fue eliminada durante el trámite parlamentario que alumbró la LCGC<sup>234</sup>, de modo que esta no contempla la prohibición de tales cláusulas<sup>235</sup>, que curiosamente pretende ser rescatada en la PMCC, al establecer que no quedarán incorporadas las condiciones generales que «*resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado*» [art. 1261.3,1) PMCC].

En los instrumentos europeos, el que la cláusula revista un carácter tan sorprendente que el consumidor no pudiera preverla al contratar, es circunstancia a tener presente para evaluar el carácter abusivo en letra c) *bis* del art. 83.2 CESL, introducida por *RPE 2014* (enmienda 156). Por su parte, el FS retoma el tratamiento dado a las cláusulas sorprendentes por los antecedentes de la Directiva 93/13, en el sentido de reputarlas abusivas y no vinculantes [arts. 87 y 77(1) FS], pero diferenciándose de la Propuesta de Directiva de 1990 y modificada de 1992 en dos aspectos: por un lado, el FS no limita la regla al ámbito B2C, sí a la contratación en masa<sup>236</sup>; por otro, el art. 87 *in fine* FS prevé una excepción a su consideración de abusividad, cual es la aceptación expresa por el adherente. El FS parece haber tenido en cuenta los PICC, que, a nivel global, proscriben las cláusulas sorprendentes en su art. 2.1.20<sup>237</sup>, pero sin tacharlas

<sup>233</sup> Presentado el 1.9.1997, calificado el 3.9.1997 y publicado en *BOCG*, Congreso, Serie A. Núm. 78-1, de 5.9.1997, pp. 1-12.

<sup>234</sup> La supresión del aptdo. c) del art. 5 PLCGC fue debida a la enmienda n.º 81, del Grupo Parlamentario Catalán, que justificaba su eliminación con el argumento de que «*la mención del término insólitas y la referencia al carácter razonable de su existencia a la firma del contrato supone introducir una gran inseguridad jurídica que, adicionalmente, no añade un incremento de garantías al consumidor, ya suficientemente protegido por el resto del articulado*» (*BOCG*, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 41).

<sup>235</sup> A pesar de lo cual algunos autores defienden la existencia de tal prohibición en nuestro ordenamiento, por ejemplo, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 491; BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 268; PERTÍÑEZ, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

<sup>236</sup> En cambio, los arts. 2.1 y 3.1 de las Propuestas original y modificada de Directiva, respectivamente, solo eran aplicables a los contratos B2C, con independencia de que la cláusula en cuestión fuera o no parte de condiciones generales, es más, como hemos visto, en la Propuesta original era incluso indiferente la existencia o no de negociación individual del clausulado.

<sup>237</sup> De formulación similar al art. 87 FS, ya que lo importante es que se trate de cláusulas estándar, a las que se priva de eficacia si son de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverlas razonablemente, salvo que dicha parte las hubiera aceptado expresamente, según reza el aptdo. 1 del art. 2.1.20 PICC, que en su aptdo. 2 fija los criterios para valorar el carácter sorpresivo de la cláusula, sobre los que

de abusivas: aquí el contenido solo se tendrá en cuenta para determinar si la cláusula (necesariamente estándar) tiene carácter sorpresivo, y no es el único criterio al respecto, ya que lo inesperado de la estipulación puede resultar también de la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o de la manera en que se presenta<sup>238</sup>.

La regulación de tales cláusulas en los PICC es la bastante completa, pues suministra criterios valorativos de su carácter sorpresivo y, además, en el Comentario oficial a dicho precepto, se ofrece una ampliación explicativa. Así, respecto a la estipulación sorprendente en virtud de su contenido, ello acontecerá si una persona razonable de la misma condición que el adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate, debiéndose tomar en cuenta (en orden a determinar si una cláusula es inusual) por un lado, las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate para ver si la cláusula controvertida es común en dicho ramo, y, por otro, las negociaciones mantenidas por las partes para comprobar si dicha cláusula es coherente con ellas; en cambio, para determinar si la estipulación es sorpresiva por su terminología o presentación debe tomarse en consideración no tanto si una u otra es comúnmente utilizada, sino sobre todo la práctica profesional y experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que el adherente, pues una misma expresión puede resultar oscura o clara dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar<sup>239</sup>.

Por lo que respecta al Tribunal Supremo, la buena fe se proyectaría sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido<sup>240</sup>. Ha dicho el Alto Tribunal, en cuanto a la

---

nada se dice en art. 87 FS. En el *FS rev.* desapareció la Sección 4 del Capítulo 8, y con ella, el art. 87 FS, quedando en pie las Secciones 2 y 3, que pasaron, con leves modificaciones respecto al *FS rev.*, a la CESL.

<sup>238</sup> Tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños. En los PICC, como regla general, la parte que acepta las cláusulas estándar de la otra se encuentra obligada por aquellas, independientemente de si realmente conocía su contenido con detalle o entendía todas sus implicaciones, pero una excepción se encuentra en el art. 2.1.20 y consiste en que, no obstante la aceptación de tales cláusulas en su conjunto, el adherente no queda obligado por aquellas cláusulas que por su contenido, terminología o presentación no podían ser razonablemente previstas por dicha parte, siendo el motivo de esta excepción el evitar que quien utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas (*PICC*, «Art. 2.1.20 – Comment», 2010, p. 68).

<sup>239</sup> *PICC*, «Art. 2.1.20 – Comment», 2010, pp. 68 y 69.

<sup>240</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 253. Precisamente esta sentencia pone de manifiesto que, al igual que la Directiva 93/13, la norma española no contiene especiales previsiones de qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a la buena fe, por lo que el Tribunal Supremo acude a la Sentencia *Aziz*, donde el Tribunal de Justicia facilita los criterios arriba expuestos (aptdos. 252 y 254 STS 9.5.2013).

exigencia de que el clausulado no cause un desequilibrio contrario a la buena fe, que no resulta económica ni socialmente eficiente que el consumidor haya de adoptar sus decisiones mediante un examen minucioso y comparativo entre los diversos condicionados generales de los contratos, pues lo lógico es que su atención se dirija a valorar la prestación que se le ofrece y el precio que se le pide por ella, de ahí que las cláusulas que regulan los elementos esenciales deban ser especialmente transparentes; respecto a los elementos secundarios, lo determinante es que el contrato predispuesto respete el equilibrio de derechos y obligaciones que el consumidor tiene derecho legítimamente a esperar, sin necesidad de que este haya de realizar un examen concienzudo y, sobre todo, sin considerar que su decisión vendrá determinada por el contenido de las condiciones que no afectan a los elementos esenciales del contrato<sup>241</sup>. Y en cuanto al momento y circunstancias a considerar en la apreciación de abusividad, el Tribunal Supremo ha señalado que el juez debe valorar todas las concurrentes en la fecha en que se suscribió el contrato, incluyendo la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo, reglas que deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación, donde es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula impugnada al momento de la litispendencia o a aquel posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes<sup>242</sup>.

## 2.4 LÍMITES A LA CONSIDERACIÓN DE ABUSIVIDAD

Hasta ahora hemos visto los *requisitos* que permiten entrar a valorar la eventual abusividad del clausulado (falta de negociación individual y relación B2C), así como, una vez constatado su cumplimiento y siendo por tanto factible la apertura del test de equidad, los *parámetros de control* (buena fe y justo equilibrio contractual) y los *factores* a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo (naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, circunstancias concurrentes en su celebración y resto del contrato).

Pero existen dos límites legales que, de darse el caso, impedirían siquiera plantearse el examen de abusividad. Uno de estos límites es absoluto: las cláusulas declarativas; otro es relativo: las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato. El primero supone que *nunca* podrán considerarse abusivas las cláu-

---

<sup>241</sup> STS 29.4.2015, FJ 9.º, pto. 10.

<sup>242</sup> STS 9.5.2013, aptdos. 237 y 238.

sulas que únicamente reflejen disposiciones legales o reglamentarias, porque de hecho tales cláusulas están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13; el segundo implica que *en principio* no podrá apreciarse abusividad en las cláusulas sobre prestaciones contractuales principales, pero no debido a que estas cláusulas queden fuera de la Directiva 93/13, sino porque, estando incluidas en su ámbito regulador, quedarán eximidas del juicio de abusividad en tanto que sean transparentes. Tales límites son los previstos en los arts. 1.2 y 4.2 Directiva 93/13: su interpretación y conexión con nuestro Ordenamiento serán objeto de análisis a continuación, teniendo en cuenta su plasmación en el moderno Derecho contractual europeo.

#### 2.4.1 Cláusulas declarativas

Dispone el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 que no están sometidas a esta *las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte*. La transposición de esta norma se hizo en la LCGC, concretamente en su art. 4. II, al establecer que será inaplicable *a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*.

La exclusión de las cláusulas declarativas no se encuentra en el TRLCU, pero debe entenderse también referida al mismo según la Exposición de Motivos de la LCGC<sup>243</sup>, vinculación para la que dice tomar como criterio el Considerando décimo de la Directiva 93/13, si bien es cierto que tal considerando se refiere a otros supuestos de exclusión, cuales son los contratos de trabajo, sucesorios, familiares y constitutivos de sociedades<sup>244</sup>, que no se explicitan en su

---

<sup>243</sup> Precisión apuntada, respecto a la LCU, por PAGADOR, *op. cit.*, p. 244.

<sup>244</sup> Dice la EM (I, 2.º pfo. *in fine*) de la LCGC que «conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva, todos estos supuestos de exclusión deben entenderse referidos no solo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984» (hoy TRLCU), previa afirmación de que están excluidos tanto los contratos relacionados en el pfo. 1.º del art. 4 LCGC como las cláusulas declarativas de su pfo. 2.º Pues bien, el 10.º Considerando de la Directiva 93/13 se refiere a tales contratos, pero no a dichas cláusulas (sobre ellas repara el 13.º Considerando), y lo hace sin ánimo exhaustivo tras afirmar que las normas de la Directiva «deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor», lo que según la EM implica entender opera-

articulado porque ya de partida no cumplen el requisito de ser contratos B2C<sup>245</sup>, razón por la cual tampoco estarán sometidos al TRLCU. Sí los recoge, añadiendo los contratos administrativos, el art. 4. I LCGC, como tipos excluidos de su aplicación<sup>246</sup>. Los PECL no prevén una regla de exclusión de concretos contratos de su ámbito, de hecho, podrán aplicarse incluso a los administrativos<sup>247</sup>; los ACQP excluyen de su ámbito de aplicación ciertas áreas, concretamente Derecho laboral, societario, familiar o sucesorio [art. 1:101(3)]<sup>248</sup>; por su parte, el DCFR dispone que sus reglas no están destinadas a ser utilizadas, o utilizadas sin modificación o suplemento, en relación con los derechos y obligaciones que sean de índole de Derecho público o, salvo disposición en contrario, en relación con una lista de materias [art. I.-1:101(2)] que no está prevista para funcionar como una exclusión absoluta<sup>249</sup>.

En concordancia con la Directiva 93/13, los ACQP excluyen del juicio de abusividad las cláusulas basadas en disposiciones legales o convenios internacionales de los que son parte los Estados miembros o la Unión Europea [art. 6:303(1)], lo que igualmente hace el DCFR añadiendo las *cláusulas basadas en sus propias reglas* [art. II.-9:406(1)]. Este último criterio es recogido en

---

tivas en el TRLCU las exclusiones *ex art. 4 LCGC*. Esta proclamada operatividad tendría sentido respecto a las cláusulas declarativas, porque pueden contenerse en todo tipo de contratos, incluidos los B2C, pero sería ociosa en contratos ajenos a dicho ámbito, como son los relacionados en el 10.º Considerando de la Directiva 93/13 (sus normas son aplicables a todos los contratos B2C, «*por consiguiente quedan excluidos de la presente Directiva, en particular, los contratos de trabajo, los contratos relativos a los derechos de sucesión, los contratos relativos al estatuto familiar, los contratos relativos a la constitución y estatutos de sociedades*»), porque el TRLCU solo es aplicable a contratos B2C.

<sup>245</sup> Téngase presente, no obstante, que el Parlamento, en su Dictamen de 20.11.1991 (primera lectura) sobre la Propuesta original de Directiva de 1990, planteó la introducción de un art. 1 *bis* que establecía en su aptdo. 2 la inaplicación de aquella en los ámbitos de Derecho laboral, sucesiones, familia y sociedades [vid. PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución legislativa (Procedimiento de cooperación: primera lectura) que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», 20.11.1991, en *DO C* 326, de 16.12.1991, pp. 108-117, concretamente p. 111, enmienda n.º 9], regla que pasó con leve variación formal a la Propuesta modificada de 1992 (art. 1.2), desapareciendo del articulado definitivo de la Directiva 93/13.

<sup>246</sup> Sobre el fundamento de la exclusión legal de los contratos relacionados en el art. 4. I LCGC, *vid. in extenso* OLEO BANET, F., «Art. 4», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 236-238, 241-243, 245, 247-251.

<sup>247</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 389 (p. 270 en LANDO/BEALE, *op. cit.*).

<sup>248</sup> La razón de tal exclusión es que no es posible importar todos los ACQP a estas áreas específicas sin tener en cuenta las peculiaridades de cada uno de estos sectores, incluidas las tradiciones culturales de los Estados miembros que están más estrechamente relacionadas con estos campos; no obstante, se advierte que la exclusión del Derecho societario se refiere a la constitución y organización de las sociedades, no a los acuerdos entre accionistas que solo crean obligaciones entre determinados accionistas, de modo que los arts. 6:101-6:306 ACQP son aplicables si tal acuerdo no se negocia individualmente (SCHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, CH., «Art. 1:101», en ACQUIS GROUP, *op. cit.*, 2007, pp. 21 y 22, 2009, pp. 53 y 54).

<sup>249</sup> De hecho algunas de las materias contenidas en el art. I.-1:101(2) DCFR se tratan incidentalmente en las siguientes reglas, de modo que la lista es solo indicativa y únicamente sirve como una advertencia de que las disposiciones del DCFR se han elaborado sin tener presente las materias enumeradas en tal lista (DCFR, *Outline Edition*, «Art. I.-1:101», p. 132).

la CESL, al establecer que las secciones referentes a las cláusulas abusivas en contratos B2C y B2B (secciones 2 y 3 del capítulo 8, respectivamente) son inaplicables a las cláusulas que se refieran a disposiciones de la propia CESL que serían aplicables si las cláusulas no regularan la materia (art. 80.1)<sup>250</sup>. Por su parte, el FS simplifica la formulación de la exclusión de las cláusulas declarativas estableciendo que no se someterán al test de abusividad las cláusulas que reflejen disposiciones legales que serían aplicables si aquellas no regularan la materia de que se trate [art. 78(1)].

Téngase presente que el fundamento de la exclusión de las cláusulas declarativas *ex art. 1.2 Directiva 93/13* se basa en una *presunción*, recogida en el Considerando decimotercero, cual es que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros no contienen cláusulas abusivas, y por tanto, debido a esa presunción de equidad, no parece necesario controlar las cláusulas que reproduzcan dichas disposiciones<sup>251</sup>. Su antecedente directo es el antiguo § 8 AGBG [actual § 307(3) BGB], que circunscribía el control de contenido a las disposiciones incluidas en condiciones generales mediante las cuales se pactaran reglas que se apartasen de disposiciones legales o reglamentarias o que las completasen. La Propuesta original de Directiva de 1990 no preveía aquella exclusión, aspecto que fue incorporado al debate por primera vez con el Dictamen del CESE<sup>252</sup>, seguido del Dictamen del Parlamento emitido en primera lectura, donde se sugirió introducir un art. 1 *bis*, cuyo aptdo. 3 limitaba la aplicación de la Directiva a las condiciones generales que establecieran regulaciones que se apartasen de las disposiciones legales o reglamentarias o que las completasen<sup>253</sup>, tomando así claramente como modelo el § 8 AGBG. Sin embargo, esta exclusión no fue introducida por la

<sup>250</sup> La exclusión al control de abusividad prevista en el art. 80.1 CESL se refiere únicamente a las cláusulas declarativas de las propias disposiciones de la normativa común de compraventa europea, siguiendo así al art. 81.1 *FS rev.*, que circunscribe la exclusión a las cláusulas que reflejen reglas del propio instrumento.

<sup>251</sup> Según el Considerando 13.º «*se supone* que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte». Por su parte, nuestro TS ha declarado que la finalidad de la exclusión recogida en el art. 4. II LCGC es «respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras» (STS 2.3.2011, FJ 3.º).

<sup>252</sup> Se criticó que la Propuesta no dijese nada sobre la relación con las legislaciones nacionales actuales y futuras en lo que se refiere a las cláusulas contractuales abusivas, así como la falta de referencia a la relación con otras normas comunitarias e instrumentos legislativos internacionales: *vid.* CESE, «Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», 24.4.1991, en *DO C* 159, de 17.6.1991, pp. 34-37, concretamente aptdos. 2.6 y 2.7 en p. 37.

<sup>253</sup> *Vid.* PARLAMENTO EUROPEO, Dictamen de 20.11.1991, citado *supra* en n. 245.

Comisión al presentar la Propuesta modificada de 5.3.1992, sino por el Consejo al adoptar la Posición común de 22.9.1992<sup>254</sup>, teniendo en cuenta los dictámenes del CESE y del Parlamento, y así pasó al vigente art. 1.2 Directiva 93/13, cuya dicción literal hace pensar que la exclusión solo es predicable de las cláusulas que reflejen disposiciones *imperativas*, cuestión que no se plantea en ACQP y DCFR, ya que al emplear una expresión más amplia se entienden incluidas tanto normas imperativas como dispositivas, siendo lo fundamental para que opere la exclusión que la cláusula refleje de forma idéntica tales normas<sup>255</sup>.

Pero si se atiende a una interpretación histórica de la Directiva 93/13, conforme a los antecedentes expuestos, resulta claro que no se quiso diferenciar entre Derecho imperativo y dispositivo; que el punto de vista dominante en las deliberaciones fue la relación entre las cláusulas recogidas en las condiciones generales y el Derecho existente, ya fuera nacional o supranacional, y que las condiciones generales solo debían someterse a examen en la medida en que se apartasen del Derecho vigente<sup>256</sup>. A ello hay que añadir, en favor de que el concepto de «disposición legal o reglamentaria imperativa» *ex* art. 1.2 Directiva 93/13 comprende tanto el Derecho imperativo como el dispositivo, que el Considerando decimotercero *in fine* señala que dicha expresión «*incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo*»<sup>257</sup>; argumento utilizado

<sup>254</sup> «Posición Común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», Doc. 8406/1/92, anuncio en *DO C* 283, de 31.10.1992, p. 1.

<sup>255</sup> Frente a la expresión utilizada por el art. 1.2 Directiva 93/13 («disposiciones legales o reglamentarias *imperativas*»), el art. 6:303(1) ACQP habla de «disposiciones legales» y el art. II-9:406(1)(a) DCFR de «disposiciones del derecho aplicable». En los Comentarios de estos preceptos se señala que, efectivamente, no es necesario, a efectos de que opere la exclusión, que se trate de una regla o disposición imperativa, siendo suficiente que la cláusula refleje una disposición legal idéntica, de hecho, se entienden incluidas normas de *common law*, derecho consuetudinario y jurisprudencia; y en cuanto a los convenios internacionales, no es necesario que todos los Estados miembros sean parte, sino que es suficiente que el convenio sea aplicable porque uno o más Estados sean parte del mismo (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:303», 2007, pp. 241 y 242, 2009, pp. 326 y 327; DCFR, *Full Edition*, «Art. II-9:406», p. 647).

<sup>256</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 43; PFEIFFER, «Kommentierung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», en Grabitz, E./Hilf, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, T. A 5, Art. 1, IV, aptdo. n.º 25.

<sup>257</sup> Aunque esta precisión no se encuentra en el articulado de la Directiva 93/13 sino en sus considerandos, estos son parte integrante del documento legislativo, conforme al art. 296 TFUE, y por tanto, una interpretación correcta de sus normas exige atender a los considerandos [KÖNDGEN, J., «§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts in Riesenhuber», en Riesenhuber, K. (ed.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, 2010, pp. 189-223, concretamente, aptdos. 39 y 42]; esto es, si en un Considerando se explica cómo debe entenderse un determinado concepto utilizado en la Directiva, esto es indicio de que dicha interpretación también ha de ser vinculante para el texto mismo de la Directiva (TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 39).

por el propio Tribunal de Justicia<sup>258</sup>. Precisamente por sostener que el art. 4. II LCGC debe ser interpretado conforme a la Directiva –articulado y considerados–, la doctrina defiende que, aunque tal precepto parece restringir la exclusión a las condiciones generales que contengan disposiciones imperativas («*que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*», art. 4. II *in fine*), también han de entenderse excluidas de su ámbito las condiciones generales que reproduzcan normas dispositivas<sup>259</sup>.

Como señalara la Comisión en su ya citado *Informe de 27.4.2000*, tras advertir que en los Estados miembros que no incorporaron la limitación del art. 1.2 Directiva 93/13 no se han planteado problemas de interpretación, la expresión «imperativas» no refleja la distinción que habitualmente se establece en Derecho civil entre disposiciones vinculantes y no vinculantes<sup>260</sup>, pues según el Considerando decimotercero se sustraen al análisis de la Directiva las cláusulas que se limitan a reproducir el Derecho vigente, ya sean normas imperativas o dispositivas, y ello porque estaba previsto que dicha excepción se aplicase a los contratos normalizados cuyo contenido ya hubiera sido regulado por el legislador mediante disposiciones nacionales de modo que, al hacerlo, ya hubiese ponderado *ope legis* de forma equilibrada los intereses legítimos de las partes contratantes; por tanto, se presumía que las cláusulas que en un Estado miembro hubiesen contado con la aprobación del legislador nacional eran suficientemente equilibradas y no se basaban en un abuso de la superioridad económica de los profesionales<sup>261</sup>, presunción que justifica la exclusión *a con-*

---

<sup>258</sup> En la STJ 30.4.2014, *Barclays Bank*, C-280/13 (en adelante, Sentencia *Barclays Bank*), aptdo. 42, se indica que «las disposiciones legales y reglamentarias nacionales controvertidas (...) se aplican únicamente cuando las partes contratantes no hayan pactado otra cosa [ergo normas legales dispositivas]. Por consiguiente, de conformidad con el considerando decimotercero de la Directiva 93/13, tales disposiciones se rigen por el artículo 1, apartado 2 (...). Así pues, la propia Directiva no resultaría aplicable» (cursiva y corchetes –y su contenido– nuestros). No obstante, la ya citada Sentencia *Kušionová* «parece» restringir (aptdos. 78-80) la exclusión al Derecho imperativo, haciendo una interpretación *en su caso* errónea de la Sentencia *RWE Vertrieb*, pues de esta no se extrae, en general, tal restricción, ni mucho menos, en particular, de su aptdo. 26 (que cita la Sentencia *Kušionová*, aptdo. 79), pues ahí recuerda que, según el Considerando 13.º, la exclusión del art. 1.2 se refiere a las cláusulas que reflejan disposiciones nacionales aplicables tanto imperativamente como «por defecto».

<sup>259</sup> PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 245; ALFARO, *op. cit.*, 2002, pp. 107 y 108; OLEO BANET, *op. cit.*, 2002, p. 263.

<sup>260</sup> La distinción entre normas imperativas y dispositivas tiene mucho arraigo en el *Civil Law* (en Francia, las primeras se denominan *lois de police o règles d'ordre public* o, dependiendo de sus efectos, *règles de droit impératives*, y las segundas *règles de droit supplétives*; en Alemania, las imperativas se denominan *zwingende Rechtsvorschriften*, y las dispositivas *abdingbare Rechtsvorschriften*), no así en el *Common Law*, donde tal distinción no era formalmente conocida o, al menos, no tenía denominación específica, no obstante lo cual se ha ido admitiendo progresivamente, como puede verse en la UCTA británica (*Principios, Partes I y II*, «Art. 1:103 –Comentario», pp. 130 y 131).

<sup>261</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 47; el TJ ha señalado que la exclusión del art. 1.2 se justifica por el hecho de que es legítimo presumir que legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjun-

dición de que los Estados miembros velen por que en sus disposiciones nacionales no figuren cláusulas abusivas<sup>262</sup>, en particular debido a que la Directiva 93/13 «se aplicará también a las actividades profesionales de carácter público», según reza su Considerando decimocuarto.

Con todo, si debe entenderse que la excepción del art. 1.2 Directiva 93/13 incluye tanto el Derecho imperativo como el dispositivo, sería aconsejable que los Estados que sí han incorporado dicha excepción dejaran claro dicho extremo. Esto mismo es lo que se hizo en Reino Unido aprovechando la reforma de su legislación de consumo. En efecto, partiendo de la base de que la UTCCR contenía lo dispuesto en dicho precepto y, por tanto, la misma no era aplicable a las cláusulas contractuales que reflejasen «*mandatory statutory or regulatory provisions*» [Reg. 4(2)(a) UTCCR], LC/SLC recomendaron en su informe de 2005, *Unfair Terms in Contracts*, que dichas cláusulas –sobre disposiciones legales o reglamentarias *imperativas*– siguieran estando exentas bajo la nueva legislación, y que aquellas que produjeran sustancialmente el mismo resultado que se produciría con arreglo a la ley si no se hubieran incluido –esto es, las referidas a normas *dispositivas*– también deberían quedar exentas de revisión *pero solo si fueran transparentes*<sup>263</sup>, lo cual tuvo su reflejo en S. 4(4) UCTB, trayendo así la excepción que no estaba explícita en UTCCR ni en el articulado de la Directiva 93/13 pero que se ve claramente en el inciso final de su Considerando decimotercero<sup>264</sup>, eso sí, añadiéndole el requisito de la transparencia<sup>265</sup>. Posteriormente, en su *Advice to BIS* de 2013, LC/SLC suavizaron su postura, recomendando esta vez que la limitación *ex Reg. 4(2) UTCCR* adicionara en la nueva legislación las palabras del Considerando decimotercero *in fine* de la Directiva, esto es, que la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» incluye las normas que, con arreglo a Derecho, se aplican entre las partes cuando no exista otro acuerdo<sup>266</sup>; recomendación con la que el Gobierno británico estuvo de acuerdo<sup>267</sup>, y de hecho así se recogió pri-

---

to de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos (Sentencia *RWE Vertrieb*, ya citada, aptdo. 28).

<sup>262</sup> Importante matiz apuntado por la Comisión sobre la base del Considerando decimocuarto de la Directiva 93/13; *vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III.1 b), p. 15.

<sup>263</sup> THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *op. cit.*, 2005, p. 37, aptdo. 3.72.

<sup>264</sup> *Ib.*, p. 147, nota 17.

<sup>265</sup> Esto suponía que si la cláusula que reflejara el Derecho *dispositivo* no fuera transparente, en el sentido previsto en S. 14(3) UCTB –*vid. supra* n. 129–, sí quedaría sujeta al *fair and reasonable test* de UCTB.

<sup>266</sup> THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *op. cit.*, 2013, *Recommendation 27* en p. 93.

<sup>267</sup> *Vid.* DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, 2013, p. 64, respuesta a *Recommendation 27*.

mero en el *Draft Consumer Rights Bill* [S. 76(2)] y finalmente en la *Consumer Rights Act 2015* [S. 73(2)].

De lo expuesto hasta ahora cabe plantear dos cuestiones: en primer lugar, si existe alguna posibilidad de controlar las cláusulas declarativas sin desvirtuar el límite previsto en el art. 1.2 Directiva 93/13, esto es, si cabe introducir matices a dicha exclusión más allá de la, ya vista, aparente restricción a las disposiciones imperativas. En segundo lugar, cómo conciliar tal limitación con la prestación de servicios públicos, en la medida en que, aun estando incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, se efectúe en un marco reglamentario. De ambas cuestiones nos ocupamos seguidamente.

#### A) MATICES A LA EXCLUSIÓN

En abstracto, carecería de sentido someter a control de contenido una cláusula que únicamente reprodujera una disposición legal, porque aunque fuera abusiva resultaría en todo caso aplicable, ya sea debido a que la norma reproducida tuviera carácter imperativo, en cuyo caso operaría siempre, ya se debiese a que, siendo de naturaleza dispositiva, su contenido siguiera rigiendo aunque se eliminase la cláusula, porque en tal caso la norma sería aplicable en ausencia de estipulación de las partes.

No obstante, si atendemos a los objetivos de la Directiva 93/13<sup>268</sup> es obvio que un razonamiento puramente lógico como el antedicho no serviría para justificar la exclusión de las cláusulas declarativas del ámbito de la Directiva, dado que el límite del art. 1.2 sin tamizar podría dar lugar a resultados indeseados, como sería la imposibilidad de atacar una cláusula que fuera injusta para el consumidor.

En los *Workshops* de la citada conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, se expuso una línea de razonamiento para someter las «disposiciones legales o reglamentarias» al escrutinio de la Directiva 93/13: si la exclusión del art. 1.2 se justifica, según el decimotercer Considerando, por la presunción de que las regulaciones de los Estados miembros son equitativas, cabría sostener que tal precepto es inaplicable cuando la cláusula declarativa fuera claramente injusta, de manera

---

<sup>268</sup> En particular, posibilitar la progresiva creación de un mercado interior, haciendo que los consumidores, en la adquisición transfronteriza de bienes y servicios, no teman ser perjudicados por la introducción de cláusulas abusivas en las condiciones generales (VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zúrich, 2006, pp. 11 y 15).

que se sometería a control aun cuando reflejara una disposición nacional<sup>269</sup>; o bien, si se entendiera que dicha presunción es inatacable, la Comisión debería controlar directamente la equidad de las disposiciones legales de los Estados miembros y, en su caso, llevarlos ante el Tribunal de Justicia<sup>270</sup>.

Pero si el art. 1.2 Directiva 93/13 debe interpretarse restrictivamente, como excepción que es<sup>271</sup>, sería complicado defender *ex ante* la falta de equidad de la norma reproducida como presupuesto de su sometimiento a la Directiva, ya que ello implicaría realizar un pre-juicio de abusividad para llegar al test del art. 3. Como sabemos, no existe una presunción de abusividad en la Directiva 93/13, sino una presunción de imposición (por predisposición) que permite abrir el juicio de equidad, no su consideración como directamente abusiva; es más, la Directiva expone cómo evaluar lo abusivo, no lo que en realidad es abusivo, de ahí que sería difícil demostrar *a priori* que la disposición legal reproducida viola la Directiva salvo que existiese una lista negra, de la que carece aquella.

Ahora bien, si se impone una interpretación restrictiva, cabría sostener, al menos, que el fundamento de la exclusión del art. 1.2 Directiva 93/13 quiebra cuando se predisponen cláusulas que, si bien en abstracto se corresponden con disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros, no están concebidas en concreto para el contrato que se va a celebrar. Para que opere dicha exclusión no sería suficiente con que una cláusula aislada se remita a una disposición legal o reglamentaria que haya sido adoptada para un tipo de contrato totalmente diferente, ya que, en un caso así, no cabe considerar que la valora-

---

<sup>269</sup> Vid. HALL, H., «The Application of the Directive to the Public Services», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 2, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), p. 116. La propuesta de someter a control las cláusulas declarativas mediante una combinación interpretativa del art. 1.2 y Cdo. decimotercero de la Directiva 93/13 tendría sentido en la medida en que la presunción de equidad (o, como la denomina PFEIFFER, *op. cit.*, 2009b, aptdo. n.º 30, «presunción de adecuación») no debe amparar una desprotección del consumidor cuando el abuso es manifiesto, máxime si el Estado autor de la norma reproducida no ha velado por evitar su existencia, tal como exige el Cdo. decimocuarto; cuestión distinta es la viabilidad de demostrar la violación de la Directiva como paso previo a sujetar la cláusula declarativa a su control, lo cual se antoja complicado, como explicamos a continuación.

<sup>270</sup> Por el procedimiento previsto en el art. 169 TCEE (HALL, *op. cit.*, p. 117), hoy art. 258 TFUE. Téngase en cuenta que el Parlamento, en su Dictamen de 20.11.1991, planteó introducir un art. 4 *bis* en el texto original de Directiva de 1990, precepto que, aunque finalmente no cristalizó, contemplaba la institución de un *ombudsman* comunitario encargado de vigilar su aplicación por parte de los Estados miembros, y facultado para pedir a la Comisión, de ser preciso, que aplicara a los Estados incumplidores el procedimiento previsto en el entonces art. 169 TCEE [*vid.* PARLAMENTO EUROPEO, Dictamen de 20.11.1991 (citado *supra* en n.º 245), p. 113, enmienda n.º 49]; la Comisión descartó esta idea en la Propuesta modificada de 1992 por considerar que en ese momento no era conveniente crear nuevas estructuras administrativas en el ámbito de las cláusulas abusivas (COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, pp. 27 y 28).

<sup>271</sup> WOLF, M., «Grundzüge», en Grabitz, E./Hilf, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, T. A 1, aptdo. n.º 2.

ción general realizada por el legislador para un determinado tipo de contrato sea válida también para otros contratos no contemplados por la disposición<sup>272</sup>. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha declarado que la eventual voluntad de las partes de extender la aplicación de un régimen normativo a un contrato diferente no puede asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, y por tanto, permitir que se excluya la aplicación de la Directiva 93/13 a cláusulas contractuales por el mero hecho de que estas reproducen disposiciones legales o reglamentarias nacionales que no son aplicables al contrato celebrado por las partes, o se refieren a tales disposiciones, pondría en tela de juicio el régimen de protección de los consumidores instaurado por dicha Directiva<sup>273</sup>.

Téngase en cuenta que el objetivo de las condiciones generales es eludir las soluciones jurídicas previstas por el legislador (que se presumen equilibradas), reemplazándolas por otras concebidas de manera unilateral en beneficio de los intereses particulares de una de las partes<sup>274</sup>. Si un profesional utiliza en sus condiciones generales cláusulas que contienen consecuencias jurídicas que *de lege lata* no son aplicables al contrato celebrado, dichas cláusulas se apartan entonces del Derecho vigente y por tanto han de examinarse a la luz de la Directiva 93/13; en consecuencia, el hecho de no examinar tales cláusulas solo estará justificado en caso de que un Estado miembro adopte disposiciones legales o reglamentarias para un determinado tipo de contrato, ya que solo entonces cabrá considerar que se ha realizado la necesaria valoración general por parte de ese Estado miembro durante el procedimiento legislativo, a efectos de lo cual resulta irrelevante que dichas disposiciones sean de carácter imperativo o dispositivo<sup>275</sup>.

En resumen, no cabe afirmar que un legislador nacional haya realizado una ponderación equilibrada de intereses de las partes contratantes en el marco de la normativa nacional cuando no existe ninguna previsión legal de ese tipo para el contrato en cuestión o para la situación por él reglada; consecuentemente, la exclusión del art. 1.2 Directiva 93/13 ha de ser matizada en el sentido de que solo operará, y por tanto dejará de aplicarse la Directiva, cuando la disposición legal o reglamentaria, reflejada por la cláusula de que se trate, haya sido concebida por el legislador específicamente para el contrato

---

<sup>272</sup> KAPNOPOULOU, E. N., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tubinga, 1997, p. 97.

<sup>273</sup> Sentencia *RWE Vertrieb*, ya citada, aptdos. 29 y 30.

<sup>274</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III, introducción, p. 13; REMY-CORLAY, P., «L'influence du droit communautaire sur l'office du juge», en *RTDciv.*, 4/2009, p. 684.

<sup>275</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 49.

en que conste dicha cláusula, pues cualquier otra valoración jurídica daría lugar a que el predisponente pudiera remitirse a cualquier disposición legal o reglamentaria, incluso de otro Estado miembro, o reproducir su tenor literal sin cambios para sustraer las cláusulas declarativas al control judicial<sup>276</sup>, eludiendo así fácilmente el test del carácter abusivo, cuando lo cierto es que el conjunto de derechos y obligaciones que crea el contrato así redactado no tiene por qué corresponder necesariamente con el equilibrio que el legislador nacional ha pretendido establecer en los contratos regulados por su normativa en la materia<sup>277</sup>.

## B) SERVICIOS PÚBLICOS

Para la Directiva 93/13 es profesional toda persona física o jurídica que, en los transacciones reguladas por aquella, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada (art. 2 c.)<sup>278</sup>. Además, como hemos visto, la Directiva se aplica no solo a las actividades profesionales privadas sino también a las de carácter público (Considerando decimocuarto)<sup>279</sup>. De lo expuesto se deduce que profesional puede ser una persona jurídica pública, lo cual es igualmente predicable respecto de la LCGC y TRLCU (arts. 2.2 y 4,

<sup>276</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, ptos. 48, 41 y 51.

<sup>277</sup> Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 31. Precisamente a tal situación indeseable se llegaría de hacer una lectura del art. 1.2 Directiva 93/13 sin matizar, porque en él no se hace expresa mención a la necesidad de que la norma reproducida esté específicamente prevista para el concreto contrato celebrado (el precepto requiere que la cláusula reproduzca disposiciones legales o reglamentarias, sin más, para excluirla de control), de ahí que pueda surgir la duda de si la Directiva rige cuando, en un contrato B2C, se acuerda, en virtud de una cláusula no negociada individualmente, la aplicación de una disposición legal o reglamentaria que, si bien no está prevista para las partes ni para el contrato celebrado entre ellas, es incorporada sin cambios por quien redacta las cláusulas; duda resuelta por la Sentencia *RWE Vertrieb*, declarando (aptdo. 39) que el art. 1.2 Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la Directiva sí se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos B2C que reproducen una disposición de Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate.

<sup>278</sup> La versión española de la Directiva 93/13 difiere terminológicamente de la original inglesa en cuanto al art. 2 c), pues se ha traducido «seller or supplier» como «profesional» y mientras la original habla de «contratos cubiertos por la Directiva» (*contracts covered by this Directive*), la española se refiere a «transacciones», como si se pretendiera dar una idea más amplia de las relaciones B2C.

<sup>279</sup> Tras sentar el Considerando 13.º la presunción de que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan las cláusulas de los contratos con los consumidores no contienen cláusulas abusivas, el Considerando 14.º puntualiza que, sin embargo, los Estados deben velar por que en dichas disposiciones nacionales no figuren dichas cláusulas abusivas, en particular debido a que la Directiva se aplicará también a «las actividades profesionales de carácter público», o como dice la versión original inglesa, «*trades, business or professions of a public nature*», en concordancia con la definición de «seller or supplier» del art. 2 c. Directiva 93/13 («acting for purposes relating to his *trade, business or profession*»).

respectivamente<sup>280</sup>), y que la Directiva también se aplicará a los servicios públicos.

Al referirse a la «naturaleza pública» del profesional, la Directiva utiliza la fórmula más amplia posible, evitando así la ambigüedad terminológica y confusión semántica que conllevaría la utilización de términos como «servicios públicos» o «servicios de interés general». En efecto, como ya apuntara la Comisión<sup>281</sup>, «servicio público» es un término ambiguo que puede tener diversos significados y, por tanto, inducir a confusión: con él se alude a veces al hecho de que un determinado servicio se ofrece al público en general, mientras que otras veces lo que se quiere resaltar es que se ha asignado a un servicio una misión específica de interés público o se hace referencia al régimen de propiedad o al estatuto de la entidad que presta el servicio. Por otra parte, la expresión «servicios de interés económico general», utilizada en varias disposiciones europeas<sup>282</sup>, se refiere a los servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Unión imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio general, entrando por tanto dentro de tal concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, servicios postales, energía y comunicaciones<sup>283</sup>, aunque abarcando

---

<sup>280</sup> Ambos preceptos emplean la misma definición de profesional (LCGC) o empresario (TRLUCU): *toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.*

<sup>281</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM (2004) 374 final, 12.5.2004, concretamente p. 24, Anexo 1, que recoge la definición de términos, sobre la base de las definiciones utilizadas en su *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, 21.5.2003.

<sup>282</sup> Concretamente, art. 14 TFUE (antiguo art. 16 TCE), que confía a la Unión y a los Estados miembros la tarea de velar por que sus políticas permitan a los servicios de interés económico general cumplir su cometido; art. 106.2 TFUE (antiguo art. 86.2 TCE), que reconoce implícitamente a los Estados miembros el derecho de imponer obligaciones específicas de servicio público a los agentes económicos, estableciendo un principio fundamental que garantiza el suministro y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado interior (los proveedores de servicios de interés general estarán exentos de la aplicación de las normas del Tratado únicamente cuando sea estrictamente necesario para permitirles cumplir su cometido de interés general, por tanto, en caso de conflicto, el cumplimiento de un cometido de servicio público puede prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las relativas al mercado interior y competencia); y art. 36 CDFUE, que proclama el reconocimiento y respeto de la Unión al acceso de los servicios de interés económico general para promover su cohesión social y territorial.

<sup>283</sup> En efecto, la regulación de los servicios de interés económico general ha generado un complejo sistema normativo a nivel europeo, que se ha llevado a cabo con carácter sectorial y que ha dado lugar a la liberalización de sectores enteros de actividad, como los citados *supra*. La Comisión ha evaluado estos procesos de liberalización en varias ocasiones; así, en sus Comunicaciones de 1996 y 2000 sobre «Los servicios de interés general en Europa» (en *DO C* 281, de 26.9.1996, pp. 3-12, y *DO C* 17, de 19.1.2001, pp. 4-23, respectivamente), en su *Informe al Consejo Europeo de Laeken – Los servicios de interés general* [COM (2001) 598 final, 17.10.2001], y en los ya citados (*vid. supra* n. 281) Libros Verde y Blanco sobre los servicios de interés general, y aunque en todos ellos se aporta una visión horizontal de los servicios de interés general en Europa, lo cierto es que esta visión no ha pasado al plano normativo, que, a excepción

igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público. Por último, la expresión «servicios de interés general», derivada de la anterior aunque más amplia, abarca los servicios, sometidos o no a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sujetos a obligaciones específicas de servicio público.

Los servicios de interés general constituyen un sector extremadamente complejo a causa de la necesidad intrínseca de reglamentación. La liberalización y la privatización de estos servicios han modificado profundamente el marco reglamentario de los servicios públicos. A este respecto, un estudio realizado para la Comisión en 1997<sup>284</sup> demostró que numerosos contratos de servicios públicos privatizados no solo presentaban cláusulas abusivas importantes, sino también una notable ausencia de transparencia. Además, se ha podido constatar que subsisten en los Estados miembros serios obstáculos al control de los contratos de servicios públicos y que los Tribunales nacionales se muestran reticentes a la hora de apreciar el posible carácter abusivo de condiciones relativas a servicios públicos debido a que *estos no se regulan por contrato, sino dentro de un marco reglamentario*; de esta forma, sectores enteros escapan, en la práctica, a todo tipo de control en materia de cláusulas abusivas<sup>285</sup>.

Dos parecen ser los principales problemas en orden a controlar la prestación de servicios públicos bajo la Directiva 93/13: por un lado, esta se aplica a las relaciones de carácter contractual<sup>286</sup>; por otro, la exclusión del art. 1.2 de la Directiva.

En efecto, existe incertidumbre en cuanto a lo que constituye una disposición «contractual» de un servicio, dado que no hay actualmente un entendimiento común a nivel europeo sobre qué es un «contrato»<sup>287</sup>; no obstante, sí

de la Directiva 2006/123/CE, sigue ocupándose de regulaciones sectoriales (VILLAREJO GALANDE, H./SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en ICCAA 2008, p. 88, n. 31).

<sup>284</sup> Vid. Hall, H./Tixador, C. (eds.), *Application de la Directive 93/13 aux prestations de service public – Rapport de synthèse*, Paris, 1997 (disponible en <http://ec.europa.eu>).

<sup>285</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 29.

<sup>286</sup> Dispone el art. 1.1 Directiva 93/13 que su objetivo es «aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los *contratos* celebrados entre profesionales y consumidores».

<sup>287</sup> Sobre las razones por las que la clasificación de un Estado miembro en cuanto a si existe un contrato no debe ser concluyente *vid.* WHITTAKER, S., «Unfair Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract», en *LQR* n.º 116, 2000, pp. 99-107. El tratamiento de los servicios de interés general como contratos difiere entre los Estados miembros; por ejemplo, en Reino Unido la relación entre un cliente nacional de gas y el proveedor de gas se considera contractual, no así entre los proveedores y clientes nacionales de agua (con independencia de que la UTCCR 1999 faculte al Director General de Servicios de Agua para solicitar medidas contra el uso de cláusulas abusivas: *vid.* Reg. 12 y *Schedule 1* UTCCR 1999), mientras que en el Derecho francés esos servicios se consideran suministrados por contrato (WILLETT, CH., «General Clauses of Fairness and the Promotion of Values

es una visión común que la prestación de un servicio público no debe excluirse de la Directiva por el simple hecho de que en un determinado Estado miembro la relación con el cliente no se rija por contrato sino por reglamento. Apoya esta interpretación la declaración emitida por la Comisión con ocasión de la adopción de la posición común sobre la entonces Propuesta de Directiva<sup>288</sup>, puntualizando que la noción de contrato incluye también las transacciones por medio de las cuales se efectúan suministros o prestaciones en un marco reglamentario<sup>289</sup>. Dado que no se ha avanzado sobre esta cuestión conceptual por la Comisión, ni tampoco se ha alentado por los Estados miembros una discusión al respecto, sería conveniente que el Tribunal de Justicia adoptara una interpretación autónoma de contrato a los efectos de la Directiva 93/13<sup>290</sup>, sobre todo para evitar que los tribunales nacionales utilicen una noción restrictiva de contrato que prive al consumidor de la protección que dispensa la Directiva<sup>291</sup>.

Ahora bien, aunque se haga una interpretación amplia en *pro* del consumidor, salvando así el escollo que pudiera suponer la naturaleza (contractual o no) de la prestación del servicio público, todavía quedaría por superar la exclusión prevista en el art. 1.2 Directiva 93/13 (y art. 4. II LCGC), que puede plantear problemas en relación con los servicios públicos en la medida en que estos se rijan por disposiciones nacionales. En efecto, aun cuando se entienda que su prestación corresponde a una relación contractual, o incluso si efectivamente es así, ¿cabría controlar las condiciones por las que se proporciona el servicio si hay sujeción a una regulación sectorial?

Cierto es que cuando un Estado legisla, se presume que lo hace por el bien público. Esta fue la base para la exención del art. 1.2 de la Directiva 93/13 y de la presunción hecha en su Considerando decimotercero, pero este punto de vista, por lo menos en la mayoría de los servicios públicos, ya no puede ser acogido<sup>292</sup>; la liberalización y privatización de tales servicios ha llevado a que muchos de ellos sean vistos como contratos, pero de qué tipo: aquí entra en juego la distinción entre contratos privados y públicos. A nivel europeo, la

---

Important in Services of General Interest», en Twigg-Flesner, Ch./Parry, D./Howells, G./Nordhausen, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Hampshire, 2007, p. 69).

<sup>288</sup> *Vid. supra* n. 254.

<sup>289</sup> Como recuerda la propia Comisión en su *Informe de 27.4.2000*, p. 15.

<sup>290</sup> Así, WHITTAKER, *op. cit.*, pp. 101-107, y WILLETT, *op. cit.*, pp. 69-71.

<sup>291</sup> Señala WILLETT dos razones fundamentales para la adopción de un enfoque autónomo de contrato: la ya mencionada, que sería coherente con el objetivo de la Directiva 93/13 de promover la protección del consumidor (Considerando 6.º); y otra sería evitar distorsiones de la competencia, lo que igualmente pretende la Directiva, según su Considerando 2.º (WILLETT, *op. cit.*, p. 69).

<sup>292</sup> HALL, *op. cit.*, 1999, p. 119.

Directiva 2004/18/CE<sup>293</sup> [art. 1.2, a)] define estos últimos como «contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de la presente Directiva». A nivel nacional, el TRLCSP, tras dar una noción de contratos del sector público<sup>294</sup>, señala que estos pueden tener carácter administrativo o privado<sup>295</sup> (art. 18), y que para que un contrato sea administrativo debe ser celebrado por un ente al que el propio TRLCSP otorgue la consideración de Administración Pública<sup>296</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo, atendiendo a una calificación finalista, ha declarado que «para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada *por la prestación de un servicio público*, entendiendo este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia»<sup>297</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en orden a contestar a la cuestión planteada anteriormente, cabe diferenciar dos supuestos que no han de confundirse: el de las cláusulas elaboradas por la Administración pública y utilizadas a fin de regular la prestación al público de determinados servicios efectuada por ella misma o por empresarios públicos o privados en ciertos sectores; y el de

<sup>293</sup> De 31.3.2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en *DO L* 134, de 30.4.2004, pp. 114-240.

<sup>294</sup> Para el art. 2.1 TRLCSP son *contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3*, precepto este último que contiene una lista conformada por las Administraciones estatal, autonómica y local, entes administrativos autónomos y otros asimilados.

<sup>295</sup> No todo lo no administrativo es privado ni viceversa, toda vez que el término que, en rigor, es oponible a privado es público, y dentro del Derecho público existen distintas ramas y no solo el Derecho administrativo, al tiempo que el Derecho privado se subdivide también en distintas materias; sin embargo, lo cierto es que, por lo que se refiere a los contratos de la Administración, público equivale a administrativo y que el contrato privado pueda ser a su vez civil, mercantil o laboral es algo naturalmente ajeno al Derecho administrativo (GÓMEZ DE MERCADO, F., «Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 5, 1.11.1999, accesible en [www.madrid.org](http://www.madrid.org)).

<sup>296</sup> En otro caso sería, en principio, privado, *vid.* arts. 19 y 20 TRLCSP, puntualizando este último que serán también privados «*los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos*».

<sup>297</sup> STS 24.1.2007 (FJ 1.º), recogiendo lo dicho por las SSTS de 17.7.1999 (FJ 1.º) y de 9.10.1987 (FJ 2.º).

los clausulados de contratos tipo meramente aprobados por la Administración o regulados mediante normas reglamentarias promulgadas por ella<sup>298</sup>. Empezando con este último supuesto, si se trata de cláusulas reguladas específicamente por una norma reglamentaria de aplicación obligatoria estaremos ante una cláusula declarativa que no guarda especialidad (art. 4.2 LCGC y EM LCGC, I, 2.º pfo. *in fine*), sin perjuicio del control de legalidad de que eventualmente pueda ser objeto por razón de su rango reglamentario<sup>299</sup>; ahora bien, sí se someterán al control propio de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas, las incluidas en contratos tipo de *previa aprobación administrativa*, pues esta ni modifica su naturaleza jurídico-privada<sup>300</sup>, ni hace que pierdan su carácter de condiciones generales<sup>301</sup>, ni excluye la ulterior sujeción de la cláusula al nivel de protección más elevado que deriva del TRLCU a favor del consumidor, apoyando esta interpretación el tenor literal del art. 81.1 TRLCU<sup>302</sup>. Además, como también se ha señalado<sup>303</sup>, los mismos argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia para controlar las cláusulas que reproducen disposiciones nacionales no concebidas para el concreto contrato que contiene aquellas<sup>304</sup>, son válidos para sostener el control del clausulado sometido a aprobación administrativa<sup>305</sup>.

<sup>298</sup> PAGADOR, *op. cit.*, p. 245.

<sup>299</sup> PAGADOR, *op. cit.*, p. 246.

<sup>300</sup> Tradicionalmente así se ha aceptado, *vid.*, por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, p. 15.

<sup>301</sup> ALFARO, *op. cit.*, 2002, p. 109, que lo deduce del entonces art. 10.5 LCU (hoy art. 81.1 TRLCU), como ya hiciera PAGADOR, *op. cit.*, p. 247, y anteriormente el propio ALFARO (*Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 118) sobre la base del primigenio art. 10.3 LCU.

<sup>302</sup> Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Cláusulas no negociadas individualmente», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pp. 939-942. En efecto, el art. 81.1 TRLCU dispone que las cláusulas que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes cuando así se disponga como requisito de validez (...) sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma; norma que, a juicio de ALFARO (*op. cit.*, 2002, p. 109, sobre art. 10.5 LCU), es inútil pero que permite confirmar la interpretación de que las cláusulas predispuestas por una empresa privada no pierden su carácter de condiciones generales por el hecho de que su puesta en vigor esté sometida a aprobación administrativa.

<sup>303</sup> *Vid.* MENDOZA LOSANA, A. I., «Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios», en *CESCO*, mayo 2013 (accesible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), p. 12.

<sup>304</sup> De los que hemos dado cuenta *supra* (*vid.* 2.4.1. A) con ocasión de la Sentencia *RWE Vertrieb*.

<sup>305</sup> Como señala MENDOZA (*ib.*), las administraciones sectoriales que aprueban contratos tipo valoran si las condiciones generales se ajustan a la normativa sectorial aplicable, especialmente en lo que se refiere a la salvaguarda del interés público en la prestación de servicios de interés general, pero no cabe presumir que la Administración nacional competente ha comprobado si realmente existe un equilibrio en el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en los clausulados sometidos a su aprobación; no en vano, es una constante en la normativa sectorial la proclamación de su aplicación sin perjuicio de la legislación de consumidores y el reconocimiento de que los derechos sectoriales son adicionales y compatibles.

Respecto al otro supuesto, esto es, reglas elaboradas por la Administración para la prestación de servicios públicos de forma directa (por la propia Administración pública o por entidades y empresas de ella dependientes) o indirecta (por empresas gestoras de servicios públicos), cabe decir que cuando el servicio se presta directamente debe ser aplicable la legislación protectora frente a cláusulas abusivas si atendemos al art. 80.1 TRLCU<sup>306</sup>, pero si se presta de forma indirecta habría que distinguir dos relaciones distintas<sup>307</sup>: la existente entre la Administración y el gestor, que no se sujeta a la LCGC ni al TRLCU<sup>308</sup>, y la relación entre el gestor y el público, que viene determinada por el pliego de condiciones de aquella y sí ha de quedar sometida al TRLCU en línea de principio<sup>309</sup>, pues estaríamos ante condiciones insertas en contratos derivados de la ejecución de otros cuya preparación y adjudicación se lleva a cabo en base a pliegos de condiciones previamente aprobados por la Administración.

Los graves problemas detectados sobre la abusividad en la prestación de los servicios públicos y su control<sup>310</sup> llevaron a que se propusieran varias soluciones, no necesariamente excluyentes entre sí, en los *Workshops* de la ya citada conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*<sup>311</sup>: así, que los contratos de servicios públicos fueran previamente examinados por un regulador independiente; que se eliminara del art. 1.2 Directiva 93/13 el término «reglamentarias», de manera que los reglamentos administrativos quedaran sujetos al escrutinio de la Directiva;

---

<sup>306</sup> Tal precepto establece los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente en contratos B2C, *incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes* (80.1. I). Para ALFARO (*op. cit.*, 2002, pp. 108 y 109), en la medida en que el servicio se preste por la Administración en términos contractuales, no debe haber inconveniente en aplicar, por lo menos en cuanto a los principios se refiere, dicha legislación protectora, pero no así la propia de las condiciones generales cuando se preste en régimen de Derecho Público. PAGADOR (*op. cit.*, p. 248) distingue el servicio prestado por la Administración o empresas públicas en dicho régimen y en el de Derecho privado, de manera que en el primer caso no sería aplicable la LCU (hoy TRLCU), y sí en el segundo.

<sup>307</sup> PAGADOR, *op. cit.*, p. 249.

<sup>308</sup> Dado que dicha relación se rige por un contrato de gestión de servicios públicos, operaría la exclusión del art. 4.1 LCGC, en tanto que dicho contrato es administrativo; tampoco sería aplicable el TRLCU en la medida en que el contratista-gestor actúa en el marco de su actividad profesional y, por tanto, no tiene la consideración de consumidor (arts. 2 y 3 TRLCU).

<sup>309</sup> Señala PAGADOR (*ib.*) que parece razonable entender que no todas las cláusulas reguladoras de la relación gestor y público se sujetan a la aplicación de los arts. 10 y 10 bis LCU (hoy en arts. 80-82 TRLCU), sino solamente las que puedan considerarse como manifestación de la autonomía de la voluntad, *no como emanación de alguna potestad administrativa*, poniendo el ejemplo de ciertos contratos de suministro (energía eléctrica, gas, etc.) que la doctrina alemana ha denominado *privatrechtsgestaltende behördliche Festsetzungen*, por razón de su naturaleza jurídico-pública, que las sustrae a la consideración de condiciones generales.

<sup>310</sup> Vid. HALL/TIXADOR, *op. cit.*, pp. 123-226.

<sup>311</sup> Concretamente *Workshop 2: vid. HALL, op. cit.*, 1999, pp. 120 y 121.

que los servicios públicos fueran divididos en aquellos que se prestan verdaderamente de forma colectiva y los proporcionados a los usuarios como clientes, debiendo proporcionar la Directiva criterios al efecto que fueran aplicados por los Tribunales, de manera que la evaluación de abusividad tuviera en consideración las necesidades del conjunto de usuarios de los servicios públicos esenciales, en contraste con las necesidades individuales; que, incluso, se creara para los servicios verdaderamente colectivos otra Directiva que podría requerir, por un lado, una información transparente a los consumidores sobre las reglas que regulan la prestación del servicio<sup>312</sup>, y, por otro, una reparación del prestador que rompiera tales reglas.

Ninguna de estas soluciones planteadas fue llevada a cabo, con lo cual tenemos un teórico control de los servicios públicos, en la medida en que no pueden valerse de la referencia a las «disposiciones imperativas» *ex art. 1.2 Directiva 93/13*<sup>313</sup>, pero la práctica ha demostrado que los obstáculos a su control proceden más bien del carácter específico de estos servicios y de los ordenamientos nacionales que del hecho de que se haya incorporado o no la exclusión prevista en dicho precepto<sup>314</sup>.

#### 2.4.2 Cláusulas sobre elementos esenciales

Establece el art. 4.2 Directiva 93/13 que *la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*

Un análisis de la naturaleza jurídica de esta disposición fue realizado por la Abogada General TRSTENJAK con ocasión de sus conclusiones en el asunto C-484/08<sup>315</sup>. Al respecto se cuestionó si el art. 4.2 supone una restricción del

---

<sup>312</sup> Se estimó que, en todo caso, era necesario que la Directiva 93/13 impusiera a los prestadores de servicios obligaciones positivas sobre transparencia, siendo insuficiente la previsión del Anexo, letra *i*) del aptdo. 1, debiendo existir, por tanto, un requisito positivo de que los términos en que se presta el servicio estén a disposición del consumidor para su inspección (HALL, *op. cit.*, 1999, p. 121).

<sup>313</sup> Así lo ha afirmado tajantemente la Comisión, que ha dicho que tales servicios no están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13; *vid. COMISIÓN EUROPEA, Informe de 27.4.2000*, p. 15.

<sup>314</sup> COMISIÓN EUROPEA, *ib.* En efecto, la Comisión recuerda que, si bien el estudio realizado sobre la aplicación de la Directiva 93/13 a los servicios de interés general (citado *supra* en n. 283) detectó graves problemas, también demostró que estos no derivan esencialmente de la exclusión del art. 1.2.

<sup>315</sup> TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, presentadas en fecha 29.10.2009 (ECLI: EU: C:2009:682).

ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 o tan solo una limitación material del alcance del control de contenido. Para responder a esta cuestión se precisó una interpretación gramatical y sistemática de dicho precepto (habida cuenta de que la génesis de la Directiva no proporcionaba elementos al respecto), en virtud de la cual, y dada la aplicación universal del principio de transparencia, TRSTENJAK concluyó que el art. 4.2 no restringe la aplicabilidad de la Directiva sino exclusivamente la de su test de equidad, por tanto las cláusulas que se refieran al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y servicio están en principio comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13<sup>316</sup>.

Acogiendo esta tesis, el Tribunal de Justicia señaló en su sentencia de 3.6.2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08 (en adelante, Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*), aptdo. 32, que tales cláusulas, incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, solo quedan eximidas de la apreciación de abusividad en la medida en que el juez nacional considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible. Esto lo reiteraría luego en sus sentencias de 30.4.2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13 (en adelante, Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*), aptdo. 41; 9.7.2015, *Bucura*, C-348/14 (en adelante, Sentencia *Bucura*), 21.12.2016), aptdo. 50; la ya citada Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 62, y en la STJ 20.9.2017, *Andriiciuc y otros*, C-186/16 (en adelante, Sentencia *Andriiciuc y otros*), aptdo. 43.

Así pues, a diferencia de las cláusulas declarativas, que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (art. 1.2) y por tanto no quedan sujetas a sus disposiciones, entre ellas el test de abusividad, las cláusulas sobre elementos esenciales sí entran dentro de dicho ámbito pero no del relativo a la prueba de equidad *a condición* de que sean transparentes, pues si no se respeta el principio de transparencia el control del carácter abusivo se extiende también sin restricciones a estas cláusulas<sup>317</sup>.

Téngase presente que la Propuesta original de Directiva de 1990 no contemplaba limitación alguna respecto al control de contenido del clausulado en contratos B2C, lo que no fue bien acogido por la doctrina alemana. Es de resaltar las críticas que al respecto realizaron BRANDNER y ULMER, quienes entendían que la posibilidad de controlar la equivalencia de la relación entre el precio y los bienes o servicios sería anatema para los principios fundamentales

<sup>316</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, ptos. 74-76.

<sup>317</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, pto. 74; KAPNOPOULOU, *op. cit.*, p. 113; BAIER, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln: die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburgo, 2004, p. 32.

de la economía de libre mercado, ya que dicha relación no se determina conforme a una fórmula jurídica sino por los mecanismos del mercado, y siendo así sugirieron mejorar la transparencia respecto de las prestaciones principales del contrato para ayudar a tales mecanismos a evitar desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>318</sup>.

No fue hasta una etapa avanzada de las negociaciones sobre la propuesta de la Comisión cuando se introdujo el art. 4.2, y ello obedeció a las enmiendas del Consejo en el marco del proceso legislativo, concretamente al adoptar la Posición Común de 22.9.1992. La doctrina explica esta incorporación como la codificación de la prioridad conferida por el legislador europeo a la protección de la autonomía de la voluntad, limitando el control de abusividad en pro de la libertad individual de contratación y de un mercado eficaz basado en la competencia en materia de precios y oferta de servicios<sup>319</sup>. Se ha señalado que esta disposición se corresponde esencialmente con normas jurídicas que estaban en vigor antes de la adopción de la Directiva y que podían haber servido de modelo<sup>320</sup>, tal era el caso del § 8 AGBG; de hecho, se supone que los reparos formulados por el Gobierno alemán en el Consejo contribuyeron a que se excluyeran del control de contenido las cláusulas definitivas del objeto principal del contrato y su adecuación con el precio, como ya ocurría bajo aquel precepto, de ahí que posteriormente el legislador alemán negara la necesidad de adaptar el § 8 AGBG al art. 4.2 de la Directiva cuando hubo de implementar esta a su ordenamiento<sup>321</sup>.

Como se desprende de los trabajos preparatorios de la Directiva sobre cláusulas abusivas, el texto finalmente adoptado resultó ser mucho menos ambicioso que la primera propuesta de la Comisión, ya que se tuvo que hallar un compromiso entre, por una parte, el objetivo de protección de los consumidores y de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de cláusulas abusivas y, por otra parte, los principios de autonomía y libertad

---

<sup>318</sup> BRANDNER, H. E./ULMER, P., «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», en *CML Rev.*, vol. 28, Issue 3, 1991, pp. 652-657. *Vid.* CANARIS, C.-W., «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung», en *AcP*, vol. 200, No. 3-4, 2000, pp. 320-324.

<sup>319</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, pto. 62; SCHMIDT-SALZER, J., «Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)», en Pfeiffer, G./Kummer, J./Scheuch, S. (eds.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1996, pp. 265 y 268; PFEIFFER, *op. cit.*, 2009b, Art. 4, aptdo. 23, p. 7.

<sup>320</sup> Por todos, BRANDNER, H. E., «Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen», en *MDR*, 4/1997, p. 314.

<sup>321</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, nota 31. Y ello con independencia de que la doctrina alemana haya reconocido el mérito del art. 4.2 Directiva 93/13 como mejor delineador del clausulado que está exento de control en comparación con el § 8 AGBG (*vid.*, por todos, CANARIS, *op. cit.*, p. 327).

contractual, muy arraigados en las tradiciones jurídicas de la mayor parte de los Estados miembros en materia de Derecho contractual; manifestación de tal compromiso fue la regla del art. 4.2 Directiva 93/13, disposición que, según se desprende de la Posición Común de 22.9.1992, se incorporó con el fin de excluir «*todo lo que resulta directamente de la libertad contractual de las partes*», esto es, se pretendía que el núcleo de la relación contractual (*essentialia negotii*), cuando fuera definido de manera clara y comprensible, no se viese afectado<sup>322</sup>.

Con todo, no hay que perder de vista que si bien el objeto principal del contrato y la relación calidad-precio están en sí exentos de control –cuestión distinta es que las cláusulas que los describan puedan no ser transparentes y, por tanto, sí evaluables–, la Directiva permite un *control indirecto* de estos elementos, pues, según su decimonoveno Cdo., los mismos se tendrán en cuenta para evaluar la equidad de otras cláusulas distintas a las que los definen<sup>323</sup>.

Ahora bien, tanto el artículo 4.2 de la Directiva como su decimonoveno Considerando guardan silencio sobre cuál es el *consumidor de referencia* para evaluar la transparencia de la cláusula que, en su caso, la exima de apreciación de abusividad. Tan solo contiene la Directiva 93/13 lo que ha de entenderse por consumidor a sus efectos generales (art. 2 b), no en relación al cumplimiento de la transparencia del clausulado, ni siquiera al introducir este principio en su vigésimo Considerando y art. 5. Se ha sugerido que la evaluación sobre la claridad y comprensibilidad del clausulado ha de hacerse en base al estándar del «consumidor medio» entendido como aquel *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*<sup>324</sup>, concepto desarrollado por el Tribunal de Justicia<sup>325</sup> y adoptado por el legislador europeo en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales<sup>326</sup> (en adelante, Directiva 2005/29).

---

<sup>322</sup> WAHL, N., *Conclusiones en el Asunto C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, presentadas el 12.2.2014 (ECLI: EU: C:2014:85), ptos. 29 y 33.

<sup>323</sup> En este sentido, WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 97; BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 188. Sobre la posible influencia del precio en la evaluación de abusividad *vid.* ROPPO, V., «The Definition of «Unfairness»: The Application of Art. 3(1), 4(1) – and of the Annexes of the Directive», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 3, Bruselas, 1999 (accesible en <http://ec.europa.eu>), pp. 142 y 143.

<sup>324</sup> Como recuerda SCHILLIG, M., *Study on the Unfair Terms Directive across Europe*, Londres, 2013 (accesible en [www.oft.gov.uk](http://www.oft.gov.uk)), p. 104.

<sup>325</sup> Sentencias de 16.7.1998, *Gut Springenheide*, C-210/96; 28.1.1999, *Verbraucherschutzverein*, C-303/97; 13.1.2000, *Estée Lauder*, C-220/98; 8.4.2003, *Pippig Augenoptik*, C-44/2001. Puede apreciarse en la jurisprudencia del TJ la creencia del consumidor medio como un buscador de información activo y crítico (HOWELLS, G./WILHELMSSON, T., *EC Consumer Law*, Farnham, 1997, p. 247).

<sup>326</sup> En efecto, la noción de consumidor medio fue codificada mediante esta Directiva, cuyo Considerando decimooctavo establece que en la aplicación de sus disposiciones de protección se toma como refe-

Pero conviene tener presente que dicha noción no está basada en una evidencia empírica sino que representa un concepto normativo, el cual no se debería utilizar con el fin de especificar el principio de transparencia bajo la Directiva 93/13<sup>327</sup>; lo relevante es si el consumidor típico normalmente involucrado en la relación contractual en cuestión sería capaz de encontrar y dar sentido a una cláusula *en el caso de que fuera a buscarlo*: se trata entonces de una cuestión empírica en cuanto a cómo se comporta el consumidor típico dentro de un mercado determinado y para un tipo concreto de contrato, de modo que dicho consumidor puede no ser muy atento y perspicaz y estar caracterizado como un observador casual y apresurado, y si este es el caso de un mercado en particular y un determinado tipo de contrato debería ser el punto de referencia para una mayor claridad y transparencia<sup>328</sup>. Como vemos, este enfoque dista de la noción del consumidor medio acuñada por el Tribunal de Justicia y codificada en la Directiva 2005/29, que parte de una actitud proactiva: la exigencia del principio de transparencia ha de interpretarse en consonancia con el motivo subyacente de la Directiva 93/13, y por tanto en la evaluación de su cumplimiento no habría de pesar tanto la «razonable atención» que caracteriza aquella noción, sino el marco en que se contrata pues ahí es donde el consumidor puede o no prestar atención habitualmente, y cuanto menor sea esta más transparencia debe exigirse para proteger al consumidor.

Por otra parte, siguiendo con las omisiones de que adolece la Directiva 93/13 en un extremo tan importante como el alcance del control del carácter abusivo, no parece desprenderse del texto europeo otro enlace entre el principio de transparencia y dicho control que la apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales cuando su redacción no sea clara y comprensible (art. 4.2 *in fine*), como ya advertimos anteriormente<sup>329</sup> (con independencia de que tanto el TJ como el TS hayan extendido la exigencia de transparencia al plano material en la apreciación del carácter abusivo: *vid.* epígrafes 2.4.2. A. II y 2.4.2. C. II, respectivamente). Al respecto cabe realizar dos puntualizaciones: en primer lugar, se ha señalado que de los antecedentes de la Directiva 93/13 cabría extraer que el principio de transparencia constitu-

---

rencia «al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos», aunque después en su articulado conceptúa al consumidor en su sentido tradicional (art. 2 *a*), con independencia de que se introduzca la referencia al consumidor medio, sin definirlo, al establecer los requisitos para considerar desleal o engañosa una práctica comercial (art. 5.2, *b*, art. 6.1 y 2, art. 7.1 y 2).

<sup>327</sup> Las razones las apunta SCHILLIG, *op. cit.*, p. 149.

<sup>328</sup> SCHILLIG, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

<sup>329</sup> *Vid. supra*, epígrafe 2.2.1.

ye un criterio para determinar el carácter abusivo con arreglo al art. 3 que habría sido objeto de regulación específica<sup>330</sup>, y asimismo que dicho principio fue elevado a parte integrante del test de equidad por el Tribunal de Justicia<sup>331</sup>. En segundo lugar, si la voluntad del legislador europeo era establecer un nítido, a la par que fuerte, nexo entre transparencia y control de abusividad, se perdió la ocasión al no pasar finalmente al texto de la Directiva 2011/83 el Capítulo V de la Propuesta de 2008, que pretendía sustituir las disposiciones de la Directiva 93/13 y que explícitamente establecía que en la evaluación de equidad se tendrían que tener en cuenta también los requisitos de transparencia<sup>332</sup>, es más, en la Propuesta modificada de 24.3.2011 se apostaba decididamente por reconducir la infracción del deber de transparencia a causa *per se* de abusividad<sup>333</sup>, regla que, de haber fructificado, hubiera dado respuesta a quienes desde la promulgación de la Directiva 93/13 vienen poniendo de manifiesto la necesidad de una aclaración sobre las consecuencias de dicha infracción<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 62. Como indica la Abogada General, este aspecto se introdujo al debate por primera vez con el Dictamen del CESE, al proponerse también como criterio de abusividad la falta de transparencia (*vid.* CESE «Dictamen sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», 24.4.1991, en *DO C* 159, de 17.6.1991, p. 36, aptdo. 2.5.3), sugerencia que fue acogida por el Parlamento en su Dictamen de 1991 (*vid.* PARLAMENTO EUROPEO, «Resolución legislativa (Procedimiento de cooperación: primera lectura) que contiene el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», 20.11.1991, en *DO C* 326, de 16.12.1991, p. 112, enmienda 45], y finalmente por el Consejo, que señaló que la regla general pertinente para el control del carácter abusivo se encuentra en el art. 3.1 y se complementa con un principio de transparencia especialmente destacado en el art. 5.1 (*vid.* «Posición Común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», aptdo. 5).

<sup>331</sup> SCHILLIG, *op. cit.*, p. 10, haciendo referencia a las sentencias *Invitel* y *RWE Vertrieb*. La primera establece, tras recordar las exigencias de transparencia que se desprenden del vigésimo considerando y art. 5 Directiva 93/13, que para apreciar el carácter abusivo, en el sentido del art. 3 de la Directiva, tiene una importancia capital que el consumidor pueda prever «basándose en criterios claros y comprensibles, las modificaciones de las condiciones generales que pueda realizar el profesional en lo referido a los gastos relacionados con el servicio que deba prestarse» (Sentencia *Invitel*, aptdos. 27 y 28). La segunda sentencia vendría a respaldar, según SCHILLIG (*ib.*, p. 114), la opinión de TRSTENJAK de que la transparencia es criterio independiente integrante del control de abusividad, al establecer que una cláusula tipo debe satisfacer «las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia» (Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 47). El mismo autor ya apuntó que el principio de transparencia obliga a los profesionales a establecer condiciones contractuales justas (SCHILLIG, «Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal Paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms», en *EL Rev.*, vol. 33, 2008, pp. 336 y 337).

<sup>332</sup> Art. 32.2 Propuesta de Directiva de 2008 sobre derechos de los consumidores. *Vid. supra* n. 204.

<sup>333</sup> *Vid. supra* n. 209.

<sup>334</sup> *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 19; MICKLITZ, H.-W., «Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art.5)», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 4, Bruselas, 1999 (<http://ec.europa.eu>), p. 165; EBERS, *op. cit.*, 2008, p. 201.

Tampoco han faltado voces que han planteado ampliar el ámbito del juicio de abusividad en el sentido de que englobara la definición del objeto principal del contrato y la adecuación del precio, lo que pasaría por socavar el límite del art. 4.2 Directiva 93/13<sup>335</sup>; o bien, retirar de este precepto la referencia al objeto principal, de manera que solo mencionara la adecuación del precio<sup>336</sup>; o bien mantener ambas referencias pero reformulando los requisitos por los que operaría la exención de control<sup>337</sup>. Realmente con estos planteamientos se resaltan las dudas que existen sobre los propios conceptos que integran el art. 4.2, en cuanto a su alcance y criterios de determinación, lo cual genera no pocos problemas en la práctica. A ello nos referiremos a continuación.

#### A) OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO, RELACIÓN CALIDAD-PRECIO Y TRANSPARENCIA: ACLARACIONES AL RESPECTO

Como sabemos, el art. 4.2 Directiva 93/13 se refiere en primer lugar a las cláusulas que definan el «*objeto principal del contrato*», y en segundo lugar a las cláusulas relacionadas con la «*adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra*» o, dicho en términos del decimonoveno Considerando, las cláusulas «*que describan [...] la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación*»; dos categorías cuyo eventual carácter abusivo no cabe apreciar siempre que cumplan con la exigencia de claridad y comprensibilidad.

Se ha señalado que la incorporación de esta disposición puede parecer paradójica y que el Tribunal de Justicia puso de relieve parcialmente tal pa-

---

<sup>335</sup> Así, la Comisión Europea tanto en su *Informe de 27.4.2000* (pp. 15 y 16, donde advirtió que no se dieron problemas de aplicación práctica en los Estados que no incorporaron la limitación del art. 4.2, existiendo en cambio problemas interpretativos sobre la misma que ponen en entredicho la correcta aplicación del texto comunitario), como en su *Libro Verde de 2007* (vid. anexo I, cuestión 4.6, en pp. 12 y 13 DO C 61, de 15.3.2007). La cuestión suscitada por la Comisión sobre la conveniencia de ampliar el *unfairness test* pasa a ser apuesta decidida de la OFT por acabar con la exención de los *core terms* (presente en Reg. 6.2 UTCCR, que reproduce el art. 4.2 Directiva 93/13): vid. OFFICE OF FAIR TRADING, *op. cit.*, 2012, p. 13, aptdo. 2.8.

<sup>336</sup> Propuesta que se hizo en los *Workshops* de la conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, concretamente en el *Workshop 1*: vid. WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 101. La propia Comisión ha señalado que la limitación del art. 4.2 relativa al objeto del contrato no contribuye en modo alguno a la resolución de algunos casos en que este elemento reviste una importancia decisiva, poniendo el ejemplo del sector de los seguros (vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, p. 16).

<sup>337</sup> Así, los proyectos de THE LAW COMMISSION/THE SCOTTISH LAW COMMISSION (UCTB, S. 4) y DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS (CRB, S. 67), como después veremos.

radoja en su Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*<sup>338</sup>, donde, tras negar el carácter imperativo del art. 4.2 Directiva 93/13, declaró que este no se opone a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional completo de las cláusulas contempladas en tal precepto aunque estas estén redactadas de manera clara y comprensible, pues dicha normativa permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección más elevada que la prevista por esta<sup>339</sup>. Todo ello, a juicio del Abogado General WAHL, debería llevar a definir los conceptos que se recogen en el art. 4.2 mediante *criterios autónomos*<sup>340</sup>, diferentes de los eventualmente utilizados a nivel nacional, lo cual implica, en primer lugar, que los criterios que permiten definir el objeto principal o la relación calidad-precio deberán estar claramente definidos, sin perjuicio de la facultad de apreciación de que dispone el juez nacional, y en segundo lugar, que la exigencia de claridad y legibilidad de la Directiva debe tener en cuenta que el consumidor está en una posición de debilidad con respecto al profesional con el que contrata, así como la asimetría de información que caracteriza dicha relación<sup>341</sup>.

Tales criterios se han ido proporcionando por el Tribunal de Justicia, primero, en su Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, donde señaló (aptdo. 34) que el art. 4.2 Directiva 93/13 se refiere a las «prestaciones esenciales» del contrato B2C, y más tarde, en la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, así como en las SSTJ 26.2.2015, *Matei*, C-143/13 (en adelante, Sentencia *Matei*), y 23.4.2015, *Van Hove*, C-96/14 (en adelante, Sentencia *Van Hove*), resoluciones que ahondan en la cuestión sobre las dos categorías de cláusulas exentas presentes en ese precepto, abordando además el alcance de la exigencia de transparencia, respecto al cual también es destacable lo dicho en la Sentencia *Bucura*, la Sentencia *Banco Primus*, la Sentencia *Andriuc y otros*, y en la STJ 21.12.2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (en adelante, Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*). Lo vemos a continuación.

---

<sup>338</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, pto. 37. Las razones dadas por el Abogado General sobre lo paradójico de tal incorporación son, por una parte, que resulta sorprendente que una Directiva cuyo principal objetivo es proteger al consumidor excluya al mismo tiempo que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas que no se hayan negociado individualmente y que se sitúan en el propio núcleo del contrato; por otra parte, que dado que, según el art. 3.1 Directiva 93/13, no se hace referencia en ningún caso a las cláusulas negociadas individualmente, el art. 4.2 interviene en un ámbito en el que la libertad contractual no despliega plenamente sus efectos (*ib.*, ptos. 34-36).

<sup>339</sup> Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, aptdos. 43 y 44.

<sup>340</sup> Con anterioridad, ya apuntó TRSTENJAK (*op. cit.*, 2009, pto. 68) que los conceptos de *objeto principal y adecuación entre precio y servicio*, son términos jurídicos del Derecho de la Unión y, por tanto, de interpretación autónoma.

<sup>341</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, ptos. 39-41.

A.I) Elementos *ex* artículo 4.2 Directiva 93/13: interpretación del Tribunal de Justicia y enfoques determinativos

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias de aplicación uniforme del Derecho de la Unión y del principio de igualdad se desprende que cuando el tenor de una disposición europea no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate<sup>342</sup>. Dado que el art. 4.2 Directiva 93/13 no contiene dicha remisión expresa, los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», han de interpretarse de esa forma, autónoma y uniforme en toda la UE, contextualizando tal precepto en el marco de la Directiva y su finalidad buscada por el legislador europeo<sup>343</sup>.

Respecto a la cláusula que define el *objeto principal del contrato*, aunque pudiera entenderse como el bien o servicio a proporcionar por el profesional<sup>344</sup>, cuyas características –según suele decirse en pro del no sometimiento al control de fondo– difícilmente no hayan sido contempladas por el consumidor y prestado su consentimiento a las mismas<sup>345</sup>, el Tribunal de Justicia ha señalado, por un lado, que la circunstancia de que una cláusula haya sido negociada por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no puede constituir un criterio que permita

---

<sup>342</sup> SSTJ 18.1.1984, *Ekro*, 327/82, aptdo. 11; 19.9.2000, *Linster*, C-287/1998, aptdo. 43; 9.9.2003, *Monsanto Agricultura Italia y otros*, C-236/01, aptdo. 72; 14.2.2012, *Flachglas Torgau*, C-204/09, aptdo. 37; 19.12.2013, *Fish Legal y Shirley*, C-279/12, aptdo. 42.

<sup>343</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 37 y 38; Sentencia *Matei*, aptdo. 50.

<sup>344</sup> Así lo defiende, por ejemplo, PERTÍÑEZ, *op. cit.*, p. 121.

<sup>345</sup> Como recuerda CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, p. 19, quien advierte (p. 17) que la Directiva no se refiere al objeto del contrato en general, sino al objeto *principal*. En clave nacional, respecto al objeto del contrato entendido como requisito esencial *ex* art. 1261 CC, GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, p. 906) dice que definir el objeto es tanto como describir el contenido de las respectivas prestaciones, lo que generalmente se ofrece por el empresario sin inclinación alguna a modificarla, pero es igualmente indudable que tratándose de un elemento esencial para que exista contrato, el consumidor ha de conocerlo y manifestar su voluntad favorable al vínculo, lo cual no significa convertir aquella necesaria «selección» entre las posibles alternativas del mercado en una «negociación individual», que entonces, por hipótesis, siempre estaría presente respecto del objeto. También se ha señalado (*vid.* WILHELMSSON, *op. cit.*, p. 101) que los elementos esenciales no están tan a menudo sometidos a negociación en las condiciones modernas de mercado, de manera que si el control establecido por la Directiva se justifica por la ausencia de negociación, no deberían escapar de un cierto control, sobre todo en los casos en que la competencia no fuera lo suficientemente fuerte ni el mercado lo suficientemente transparente como para superar la falta de negociación individual de contratos específicos.

apreciar si esa cláusula forma parte del objeto principal del contrato, en el sentido del art. 4.2 Directiva 93/13; por otro, que las cláusulas incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de tal disposición, deben entenderse como las que regulan las *prestaciones esenciales* del contrato y que como tales lo caracterizan, mientras que las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte de aquel concepto, correspondiendo al juez nacional apreciarlo atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones del contrato de que se trate y su contexto jurídico y de hecho<sup>346</sup>.

En cuanto a la *relación calidad-precio*, el Tribunal de Justicia se ha mostrado más comedido, pues parte de la base del reducido alcance que tiene esta segunda categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar, puesto que tal excepción al mecanismo de control solo abarca la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, excepción que se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control<sup>347</sup>, como apuntara WAHL<sup>348</sup>, para quien esta segunda hipótesis se refiere a supuestos, muy poco habituales, en que pueda establecerse una relación casi matemática entre la calidad de la prestación proporcionada y la retribución debida por esta<sup>349</sup>. Realmente, cuando el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse sobre esta exclusión se ha centrado en analizar si la cláusula controvertida puede calificarse o no como comprensiva de una «retribución» del servicio prestado, puesto que solo en caso positivo su adecuación como contrapartida de la prestación del profesional no podría ser apreciada en relación con su carácter abusivo<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 47-51; Sentencia *Matei*, aptdo. 54; Sentencia *Van Hove*, aptdos. 33 y 37. La primera de estas SSTJ sigue básicamente las conclusiones de WAHL (*op. cit.*, 2014a, ptos. 49, 50 y 53), que es más explícito: señala que para determinar qué constituye el objeto principal de un contrato, corresponde al juez decidir, caso por caso, qué prestación o prestaciones esenciales deben considerarse *objetivamente* esenciales en el sistema general del contrato, teniendo en cuenta no solo lo que la legislación nacional supletoria considera esencial sino también las circunstancias específicas que se desprenden de los propios términos del contrato, y añade que el objeto principal implica aspectos indisolubles del contrato, de manera que estaríamos ante una cláusula que forma parte de tal concepto si, de no existir la misma, el contrato perdería una de sus características fundamentales, e, incluso, no podría seguir existiendo con las demás estipulaciones contractuales.

<sup>347</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 54 y 55; Sentencia *Matei*, aptdo. 55.

<sup>348</sup> Y previamente SCHILLIG, que ya señaló el carácter extremadamente limitado de este supuesto de exclusión, poniendo de relieve que la relación calidad-precio no se encuentra sometida a ningún tipo de control, dado que no existe ningún estándar jurídico que proporcione directriz alguna al respecto (SCHILLIG, M., «Directive 93/13 and the «price term exemption»: a comparative analysis in the light of the «market for lemons» rationale», en *ICLQ*, vol. 60, Issue 4, 2011, p. 947).

<sup>349</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, pto. 69.

<sup>350</sup> En este sentido, el Tribunal de Justicia ya ha declarado, por ejemplo, que dicha exclusión no puede aplicarse a una cláusula relativa a un mecanismo de modificación de los gastos de los servicios que deban prestarse al consumidor (Sentencia *Invitel*, aptdo. 23), tampoco a una cláusula que, en un préstamo

Respecto a esta segunda categoría se ha argumentado que la exclusión no se refiere al precio *stricto sensu* sino a la relación de equivalencia económica de las contraprestaciones, que, como factor metajurídico, no constituye propiamente una cláusula<sup>351</sup>, si bien no es extraño referirse en este contexto al precio en lugar de a la relación calidad-precio<sup>352</sup>. El Tribunal de Justicia ha dicho que las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al profesional o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen, en principio, a esa segunda categoría de cláusulas, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el profesional<sup>353</sup>.

En la práctica, lo decisivo es determinar cuándo una cláusula recoge los elementos esenciales del contrato –entendiendo por tales de forma sintética el bien o servicio a proporcionar y el precio<sup>354</sup> a pagar por ellos–, y aquí existen diversas posturas, como la seguida por la *Supreme Court* de Reino Unido, que ha hecho una interpretación amplia al considerar que todas las obligaciones de pago quedan exentas de control<sup>355</sup>, mientras que en Alemania se defiende un enfoque más restrictivo, acudiendo a complejas construcciones doctrinales, que distinguen entre cláusulas de regulación *stricto sensu* (*Preisvereinbarungen*) y cláusulas secundarias relativas a los precios (*Preisnebenabreden*) –las primeras excluidas, las segundas sometidas a control de contenido–, y entre descripciones primarias y secundarias de la prestación principal<sup>356</sup>; en definitiva, una interpretación mucho más estricta pero de aplicación nada fácil al caso concreto.

---

en moneda extranjera, estipula la obligación para el consumidor de pagar los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa (Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 58 y 59); ni, en principio, a cláusulas que en un préstamo faculten al prestamista para modificar unilateralmente el tipo de interés o prevean una «comisión de riesgo» (Sentencia *Matei*, aptdos. 70 y 78).

<sup>351</sup> CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, p. 117.

<sup>352</sup> V. gr., PERTÍÑEZ, *op. cit.*, p. 121.

<sup>353</sup> Sentencia *Matei*, aptdo. 56.

<sup>354</sup> Ya sea por considerarlo incluido en el *objeto principal del contrato*, como prestación contractual característica -del consumidor en este caso-, ya sea por tenerlo como parámetro comparativo con el valor del bien o servicio a prestar por el profesional, esto es, la *relación calidad-precio*.

<sup>355</sup> Como recuerda WAHL (*op. cit.*, 2014a, pto. 48). En efecto, la *Supreme Court*, en el caso *Office of Fair Trading v. Abbey National plc* (25.11.2009), sostuvo que no procede diferenciar entre los elementos esenciales del precio (*core terms*) y los gastos que pueden generarse cuando se dan determinados requisitos (*incidental terms*) y, por tanto, satisfacen los criterios de la excepción prevista en el art. 4.2 Directiva 93/13 todas las obligaciones de pago relativas a la prestación. Antes de dicha decisión, la *House of Lords*, en el caso *Director General of Fair Trading v. First National Bank* (25.10.2001), sí distinguía entre *core* e *incidental terms*, manteniendo que no eran «precio» las sumas abonables solo en determinadas circunstancias; un enfoque, por tanto, más restrictivo que el seguido posteriormente por la *Supreme Court*.

<sup>356</sup> Cfr. PAGADOR, *op. cit.*, p. 287.

En nuestro país, el Tribunal Supremo ha tomado razón de algunas de las tesis doctrinales sobre lo que constituye «definición del objeto principal»<sup>357</sup> y se ha decantado escuetamente, en una interpretación literal del art. 4.2 Directiva 93/13, por no distinguir en tales cláusulas entre elementos «esenciales» y «no esenciales» del tipo de contrato en abstracto, «*sino a si son “descriptivas” o “definidoras” del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al “método de cálculo” o “modalidades de modificación del precio”*»<sup>358</sup>; y también parece asumir el punto de vista del consumidor medio para calibrar si una concreta cláusula pudo ser percibida como elemento definitorio de la relación por el consumidor<sup>359</sup>.

Una postura alternativa es la propuesta por SCHILLIG y desarrollada sobre la teoría de AKERLOF<sup>360</sup>, de la que toma elementos clave (asimetría informativa y selección adversa) y los aplica, con las propias adaptaciones, a las cláusulas contractuales consideradas como parte del producto o servicio que el consumidor adquiere<sup>361</sup>, a fin de explicar la existencia de la regulación sobre cláusulas abusivas, esto es, lo que SCHILLIG denomina *Directive's «market for lemons» rationale*, en base a la cual dice que deben determinarse las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y el precio<sup>362</sup>.

Según este planteamiento no forman parte de los elementos esenciales, y por ende deben ser evaluables, todas las cláusulas que caen en el problema de la *selección adversa*, expresión acuñada por AKERLOF para describir una situación de oportunismo precontractual, que se da cuando una de las partes dispone de información relevante que, desconocida por la otra (*información asimé-*

<sup>357</sup> Como la diferencia entre principal y accesorio o el rasgo de la eventualidad; la relación objetiva entre el objeto principal del contrato y la cláusula, de manera que todo lo referido al precio estaría comprendido; o la importancia que la cláusula tiene para el consumidor y su incidencia en la decisión de comportamiento económico: SJM n.º 3 Madrid, 27.2.2014, FJ IV, D), recordando la STS 9.5.2013, aptdos. 185 y 186.

<sup>358</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 188.

<sup>359</sup> *Ib.*, aptdos. 252 y 253.

<sup>360</sup> *Vid.* AKERLOF, G. A., «The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *QJE*, Vol. 84, Iss. 3, 1970, pp. 488-500, trabajo pionero que lo convertiría en el padre de la denominada «economía de la información». Los ejemplos puestos por AKERLOF para fundamentar su teoría fueron después magistralmente llevados al campo de los contratos de adhesión por GOLDBERG, V. P., «Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand», en *JLE*, Vol. 17, No. 2, 1974, pp. 461-492 (accesible en [www.jstor.org/stable/724901](http://www.jstor.org/stable/724901)), y al terreno de los precios por SALOP, S./STIGLITZ, J., «Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion», en *Rev. Econ. Stud.*, Vol. 44, No. 3, 1977, pp. 493-510 (accesible en [www.jstor.org/stable/2296903](http://www.jstor.org/stable/2296903)).

<sup>361</sup> Sobre este entendimiento, *vid.* LEFF, A. A., «Contract as thing», en *Am. U. L. Rev.*, Vol. 19, No. 2, 1970, pp. 131-157 (accesible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2827](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827)); RADIN, M. J., «Human, Computers and Binding Commitment», en *Ind. L. J.*, Vol. 75, Iss. 4, 2000, pp. 1125-1161 (accesible en [www.repository.law.indiana.edu](http://www.repository.law.indiana.edu)); BAR-GILL, O./WARREN, E., «Making Credit Safer», en *U. PA. L. Rev.*, Vol. 157, Iss. 1, 2008, pp. 1-101 (accesible en [www.pennlawreview.com](http://www.pennlawreview.com)).

<sup>362</sup> SCHILLIG, *op. cit.*, 2013, pp. 16 y 102.

*trica*), utiliza en su provecho, de manera que la parte menos informada no es capaz de distinguir la buena o mala calidad de lo ofertado, produciéndose entonces un efecto de antiselección ya que solo se acabarán ofreciendo las peores calidades, y productos de desigual calidad pueden ser vendidos al mismo precio pues no se tiene suficiente información para diferenciarlos. Llevado esto al campo de las cláusulas contractuales por SCHILLIG, supone que los profesionales que utilizan un clausulado de baja calidad tendrán una ventaja, mientras que aquellos otros que tengan dificultades para señalar a los consumidores que sus condiciones son de mejor calidad se verán abocados a ajustarlas en consecuencia, de manera que al final las cláusulas contractuales ofertadas son las más desventajosas para los clientes. La asimetría informativa puede explicarse por la *apatía racional* de los consumidores al decidir la cantidad de tiempo y esfuerzo a dedicar al estudio detallado de las cláusulas contractuales, pero también porque el consumidor puede caer en *sesgos sistemáticos* –como el exceso de confianza– que lo hagan irracionalmente apático, prestando menos atención de la debida al clausulado contractual, y que sean aprovechados por los profesionales; precisamente por ello apunta SCHILLIG que en la evaluación de la transparencia la pregunta debe ser si la cláusula se presenta de una manera que pretende explotar las anomalías del comportamiento, haciendo que dicha cláusula no sea transparente, en lugar de una forma que busque superar los sesgos de los consumidores<sup>363</sup>.

Lo trascendente sería si la concreta cláusula se expone a las fuerzas del mercado y la libre competencia, en el sentido de que los consumidores la tomen en cuenta al contratar, pues solo en este caso puede suponerse que el mercado va a garantizar un equilibrio adecuado de los intereses de las partes contratantes haciendo innecesaria la intervención judicial<sup>364</sup>. No obstante, se advierte que se trata de una difícil cuestión empírica discernir si la cláusula está lo suficientemente expuesta a dichas fuerzas, y que la transparencia es una necesaria, pero insuficiente, premisa, pues incluso cláusulas perfectamente transparentes puede que no sean atendidas por los consumidores<sup>365</sup>; es más, se ha dicho que es poco probable que estos intenten familiarizarse con las cláusulas, abstracción hecha de su transparencia, la cual, por tanto, no puede ser vista como productora de un nivel de comprensión precontractual que hiciera verdaderamente informada

---

<sup>363</sup> Vid. SCHILLIG, *op. cit.*, 2013, pp. 8, 15 y 29.

<sup>364</sup> FASTRICH, L., *Recherliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Munich, 1992, p. 265.

<sup>365</sup> SCHILLIG, *op. cit.*, pp. 4 y 24; BEN-SHAHAR, O., «The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law», en *ERCL*, Vol. 5, Iss. 1, 2009, pp. 7-9; WILLETT, Ch., «The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches», en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 2, 2011, p. 358, quien da una serie de razones por las cuales es probable que no se lea el clausulado aunque sea transparente, y que explican el por qué la transparencia no es generalmente capaz de informar en realidad a los consumidores.

la decisión de contratar<sup>366</sup>, de hecho, la investigación de la ciencia del comportamiento parece sugerir que los consumidores son mucho más propensos a hacer uso de la información en la fase postcontractual<sup>367</sup>.

## A.II) Alcance de la exigencia de transparencia

Aunque se asumiera, como parece hacer la Directiva 93/13, que los consumidores son racionales a la hora de contratar<sup>368</sup> y que, por tanto, la transparencia les hace tomar una decisión informada, la cuestión a plantearse es en qué se concreta la exigencia de transparencia. El artículo 5 de la Directiva exige que las cláusulas predispuestas al consumidor estén «*redactadas siempre de forma clara y comprensible*», exigencia de redacción clara y comprensible que, según su art. 4.2, han de cumplir las cláusulas sobre elementos esenciales para quedar exentas de apreciación de abusividad<sup>369</sup>. El alcance exacto de tal exigencia de transparencia no está explicitado en las disposiciones europeas, pudiendo entenderse en el sentido de que toda cláusula contractual ha de ser comprensible desde un punto de vista lingüístico y gramatical, pero también podría significar, en un sentido más amplio, que los motivos económicos que sustentan el empleo de una cláusula específica y su relación con las demás cláusulas contractuales deben ser claros y comprensibles<sup>370</sup>.

<sup>366</sup> WILLETT, *ib.*, perspectiva que es apoyada cada vez más por la ciencia del comportamiento: *vid.* RAMSAY, I., *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007, pp. 71-85; FREDERICK, S./LOWENSTEIN, G./O'DONOGHUE, T., «Time Discounting and Time Preference: A Critical Review», en *JEL*, Vol. XL, junio 2002, pp. 351-401.

<sup>367</sup> *Vid.* WHITFORD, W., «Contract law and the Control of Standardized Terms in Consumer Contracts: An American report», en *ERPL*, Vol. 3, Iss. 2, 1995, pp. 195-199. Según WILLETT (*op. cit.*, p. 376) esto no es de extrañar, ya que en esta fase los consumidores no se ven afectados por factores de distracción, tales como el compromiso psicológico a la compra y las señales positivas de publicidad, sosteniendo que la transparencia puede ser vista como factor relevante para ayudar a los consumidores a proteger sus intereses postcontractuales, lo que podría mejorar su acceso a la justicia en caso de disputa.

<sup>368</sup> El campo de la racionalidad limitada, en cuanto estudio relevante para el Derecho y la Economía, empezó, como bien apunta PALACIOS LLERAS, A. («The consent theory critique and standard form contracts in civil law, with special reference to law and economics», en *works.bepress.com*, dic. 2011, p. 33), con las consideraciones de Herbert A. SIMON en «A Behavioral Model of Rational Choice» (*QJE*, Vol. 69/1, 1955, pp. 99-118), que alcanzarían plenitud en «Rationality in Psychology and Economics» (*J. Bus.*, Vol. 59/4, Part. 2, 1986, pp. 209-224). Para un estudio *in extenso* de los trabajos de SIMON *vid.*, entre nosotros, la obra de BONOME, M. G., *La Racionalidad en la toma de decisiones: Análisis la teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, La Coruña, 2009.

<sup>369</sup> Dice la Sentencia *Bucura*, aptdo. 50, 2.º inciso, que «*debe recordarse que las cláusulas contempladas en dicha disposición, pese a pertenecer al ámbito regulado por esta Directiva, sólo escapan a la apreciación de su carácter abusivo en caso de que el órgano jurisdiccional nacional considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*».

<sup>370</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 33.

El Tribunal de Justicia ha precisado la interpretación que debe dársele al art. 4.2 Directiva 93/13 y la que corresponde respecto a la exigencia de transparencia. En cuanto a lo primero, ha dicho que toda vez que el art. 4.2 establece una excepción del mecanismo de control de las cláusulas abusivas previsto en el sistema tuitivo de los consumidores que establece la Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta<sup>371</sup>. Sobre lo segundo, mantiene que dicha exigencia, tal y como se enuncia en el art. 4.2, tiene el mismo alcance que la formulada en el art. 5, pues este precepto establece que la redacción clara y comprensible se exige *siempre* para las cláusulas contractuales, puntualizando el vigésimo Cdo. de la Directiva en ese sentido que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato, de ahí que tal exigencia se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula pudiera entenderse comprendida en el art. 4.2<sup>372</sup>.

Dado que para el Tribunal de Justicia el alcance del requisito de transparencia es el mismo en ambos preceptos, acude a la interpretación que del art. 5 Directiva 93/13 hiciera en la Sentencia *RWE Vertrieb*<sup>373</sup>, donde afirmó la importancia fundamental que para el consumidor tiene disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de tal celebración, puesto que decide si desea quedar vinculado por las condiciones prerredactadas por el profesional basándose principalmente en esa información<sup>374</sup>.

En relación a esto, advertiría después el Tribunal de Justicia que: i) aun cuando la información general proporcionada al consumidor antes de contratar satisficiera las exigencias de claridad y transparencia del art. 5 Directiva 93/13,

---

<sup>371</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 42; Sentencia *Matei*, aptdo. 49; Sentencia *Van Hove*, aptdo. 31.

<sup>372</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 67-69; Sentencia *Matei*, aptdo. 73; Sentencia *Bucura*, aptos. 49 y 50, primer inciso; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 49.

<sup>373</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 70, siguiendo en este sentido a WAHL, quien recordaba (*op. cit.*, 2014a, ptos. 83 y 84) que en la Sentencia *RWE Vertrieb* el TJ declaró que corresponde al órgano nacional, en función de todas las circunstancias del caso, garantizar que el consumidor pueda prever los gastos en que pueda incurrir, y aun reconociendo que dicha jurisprudencia se refería a la interpretación del art. 5 Directiva 93/13, consideraba el Abogado General que la misma es más válida incluso en lo que atañe al requisito de transparencia establecido en el art. 4.2, dado que este precepto tiene como consecuencia que determinadas cláusulas contractuales se sustraigan a la apreciación de su carácter abusivo, y por tanto entendía que no debían rebajarse excesivamente las exigencias de claridad e inteligibilidad de la cláusula de que se trate, que condicionan la realización del control de su contenido y que corresponde verificar al juez nacional competente teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del caso concreto.

<sup>374</sup> Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 44, doctrina reiterada en Sentencia *Constructora Principado* (aptdo. 25), Auto *Sebestyén* (aptdo. 33), Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 70), Sentencia *Bucura* (aptdo. 51), y Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* (aptdo. 50). La Sentencia *Invitel* ya señaló (aptdo. 27) que del vigésimo Cdo. de la Directiva se desprende que el consumidor debe contar con la oportunidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas que forman parte de las condiciones generales y de sus consecuencias.

ello no permite por sí solo excluir el carácter abusivo<sup>375</sup>; ii) el examen del carácter abusivo, en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no dispusiera, antes de su celebración, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de tal celebración, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva en general y de su art. 6.1 en particular<sup>376</sup>.

En consecuencia, dice el Tribunal de Justicia que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical; de hecho, toda vez que el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa *exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva*<sup>377</sup>, lo que también defendió WAHL<sup>378</sup>, señalando que en el examen del carácter claro y comprensible del clausulado debe atenderse a todas las circunstancias del asunto concreto y, en particular, a la información facilitada al consumidor en el momento de celebración del contrato, y debe centrarse, además de en el aspecto estrictamente formal y lingüístico, en la evaluación exacta de las consecuencias económicas de las cláusulas y en los nexos que puedan existir entre ellas<sup>379</sup>.

<sup>375</sup> Auto *Sebestyén*, aptdo. 34.

<sup>376</sup> Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 51.

<sup>377</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 71 y 72; Sentencia *Matei*, aptdo. 73; Sentencia *Van Hove*, aptdo. 40; Sentencia *Bucura*, aptdo. 52; Sentencia *Andriciuc y otros*, aptdo. 44.

<sup>378</sup> Apuntaba que aunque la protección del consumidor, como parte vulnerable, exige necesariamente una interpretación clara y objetiva de los conceptos de objeto principal y de precio previstos en el art. 4.2 Directiva 93/13, también exige que el requisito de transparencia se interprete en sentido amplio, pues dada la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor con respecto al profesional en lo que se refiere al nivel de información, aquel puede tener dificultades para evaluar correctamente las consecuencias de determinadas cláusulas, aunque estas hayan sido redactadas de forma clara desde un punto de vista lingüístico; por tanto, el examen del carácter claro y comprensible de una cláusula no debe limitarse únicamente a la redacción de la misma sino debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor, según el Abogado general, debe, además de comprender el contenido de una cláusula, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva; de hecho, para WAHL, los términos «clara» y «comprensible» deben entenderse en ese sentido, pareciendo referirse el primero al aspecto de redacción de la cláusula, y el segundo al conocimiento del alcance exacto de los términos utilizados (*vid.* WAHL, *op. cit.*, 2014a, ptos. 80 y 81, y nota 27).

<sup>379</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, pto. 91. En este sentido, que una «cláusula esté redactada de manera clara y comprensible» supone, según ha declarado la Sentencia *Van Hove* (aptdo. 50), no solo que «resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se

Según el Tribunal de Justicia, tiene una importancia capital, en la apreciación de abusividad y para el respeto de la exigencia de transparencia, que el contrato exponga de manera transparente el alcance de la cláusula así como su motivación, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos e inteligibles, las consecuencias de su operatividad en el desarrollo del contrato<sup>380</sup>.

Al examinar judicialmente tal cuestión, se han de tener presente, entre otros elementos, la publicidad e información proporcionadas por el profesional en el marco de la negociación del contrato, así como el nivel de atención que puede esperarse de un *consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*<sup>381</sup> (concepto cuya crítica expusimos *supra*) a la luz del entramado contractual en su conjunto, no pudiendo exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de la cláusula en caso de contratos vinculados<sup>382</sup>.

Esta idea de *comprensibilidad real*, que va más allá de la *formal*, ya fue apuntada por nuestro Tribunal Supremo en relación con los elementos principales del contrato, respecto de los cuales la exigencia de transparencia tendría por objeto que el adherente pudiera conocer la carga jurídica y económica que en conjunto el contrato supone para él<sup>383</sup> (para un análisis *in extenso* de la doctrina jurisprudencial nacional que se ha ido desarrollando desde entonces, remitimos *infra*, epígrafe 2.3.2. C).

Ahora bien, aunque según el Tribunal de Justicia la transparencia exigible en el art. 4.2 (para las cláusulas sobre elementos esenciales) y en el art. 5 Directiva 93/13 (para todas las cláusulas propuestas al consumidor) es la misma en cuanto a su alcance, no parece haber identidad sobre la consecuencia que de la falta de transparencia se extrae del tenor de uno y otro precepto; con

---

*trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».*

<sup>380</sup> Sentencia *Invitel*, aptdos. 28 y 30; Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 49; Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 73; Sentencia *Matei*, aptdo. 74; Sentencia *Van Hove*, aptdo. 41; Sentencia *Bucura*, aptdo. 55. Sentencia *Andriiciuc y otros*, aptdo. 45.

<sup>381</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 74; Sentencia *Matei*, aptdo. 75; Sentencia *Van Hove*, aptdo. 47; Sentencia *Bucura*, aptdo. 56.

<sup>382</sup> En este sentido, refiriéndose a la cláusula de un contrato de seguro ligado a contratos de préstamo, señala la Sentencia *Van Hove* (aptdo. 48) que «*en el supuesto de que se celebren varios contratos vinculados entre sí, no puede exigirse al consumidor la misma atención en cuanto al alcance de los riesgos cubiertos por el mencionado contrato de seguro que la que se le exige en el supuesto de que hubiera celebrado de manera diferenciada dicho contrato de seguro y los contratos de préstamo*».

<sup>383</sup> SSTs 18.6.2012 (FJ 4.º, pto. 3), 11.4.2013 (FJ 2.º, pto. 3) y 9.5.2013 (aptdo. 210). Con posterioridad a la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, y citándola de hecho, la STS 8.9.2014 (FJ 2.º, pto. 8), la STS 24.3.2015 (FJ 3.º, ptos. 3 y 5) citando también la Sentencia *Matei*, la STS 29.4.2015 (FJ 14.º, ptos. 3 y 4) que además cita la Sentencia *Van Hove*, y la STS 23.12.2015 [FJ 4.º, a)] citando las antedichas resoluciones del TS y jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

independencia de que dicho Tribunal no hace distinción al afirmar que la obligación de formulación –clara y comprensible– adquiere una especial importancia cuando un juez debe apreciar el carácter abusivo de la cláusula redactada incumpliendo tal obligación<sup>384</sup>.

Mientras que del art. 4.2 Directiva 93/13 se desprende sin dificultad que el defecto de transparencia de una cláusula comprendida en tal precepto implica su sujeción a la apreciación de abusividad, y así lo ha dicho el Tribunal de Justicia<sup>385</sup>, de cuya jurisprudencia se extrae además que si el juez nacional estima que dicha cláusula no es transparente, le incumbe examinar su carácter abusivo conforme a los parámetros y factores de control previstos en los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva<sup>386</sup> (ergo la cláusula esencial oscura no sería, por ello, directamente abusiva, sino enjuiciable como cualquier otra); el art. 5 Directiva 93/13 parece reconducir la falta de transparencia a la regla de interpretación *contra proferentem*<sup>387</sup> –y lo cierto es que por ahora el TJ no ha hecho más que indicar que, si la cláusula enjuiciada se estimase no esencial, habrá que tenerse en cuenta esa regla interpretativa ante su falta de claridad<sup>388</sup>–, li-

<sup>384</sup> Sentencia *Bucura*, aptdo. 50 *in primis*.

<sup>385</sup> Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, aptdo. 32; Sentencia *Kásler y Kásler-né Rábai*, aptdo. 41; Sentencia *Bucura*, aptdos. 50 *in fine* y 62; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 62.

<sup>386</sup> Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 64: «*incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia*», apartados estos en los que el TJ repasa su jurisprudencia sobre la interpretación de los parámetros *ex art. 3.1* y factores valorativos *ex art. 4.1*, ambos de la Directiva.

<sup>387</sup> Siempre que, entendemos, la oscuridad siembre dudas sobre el sentido de la cláusula. La regla *contra proferentem* supone que la cláusula oscura se entiende incorporada al contrato pero ha de ser interpretada a favor del adherente (consumidor en sede de la Directiva), pero esta solución no procedería cuando la oscuridad de la cláusula sea tal que no admita ningún sentido posible o que no descarte ninguno (SALVADOR CODERCH, P., «Art. 6.2», en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [COORD.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 392), ni en casos en que propiamente no haya una duda sobre el sentido de la cláusula sino una frustración de una expectativa legítima por una cláusula inesperada (PERTÍÑEZ, *op. cit.*, p. 212).

<sup>388</sup> Sentencia *Van Hove*, aptdo. 49. Hecho que pone de relieve CÁMARA LAPUENTE, S., «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», en *InDret*, 1/2017, p. 13. Realmente el art. 5 no indica cuál es la sanción que reciben las cláusulas oscuras, lo que ha llevado a que la doctrina se cuestione desde la exégesis de la norma si tales cláusulas no pasan a formar parte del contrato o si deben considerarse abusivas en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13, ya que la única «sanción» prevista en el art. 5 es la interpretación *contra proferentem*, lo cual significa que la cláusula controvertida debe en principio ser acogida aunque no en el sentido que el profesional atribuiría a la misma (MICKLITZ, *op. cit.*, 1999, p. 165). También se ha apuntado que la jurisprudencia alemana y española han usado a veces la regla *contra proferentem* para realizar un control de contenido encubierto, como dice PAGADOR (*op. cit.*, p. 474), que critica esta práctica por considerar que aquella es una auténtica regla de interpretación; en contra, SALVADOR CODERCH (*op. cit.*, p. 392), para quien no sería así *stricto sensu*, sino una «regla de defecto» *de carácter sancionador* y, en tal sentido, una disposición muy parecida a las que se emplean en sede de control de contenido. Para LANDO («Le clausole contrattuali ingiuste nel diritto dei paesi nordici», en BIANCA, C. M.

mitando además su aplicación al ámbito de las acciones individuales, ya que el inciso final de tal precepto excluye la operatividad de esta regla en el marco del procedimiento de control abstracto.

La razón de que la «sanción» *ex art. 5* (interpretación *contra proferentem* de la cláusula oscura) no sea aplicable a las acciones colectivas de cesación reside en impedir que en dicho procedimiento el predisponente pueda alegar una interpretación lo más favorable posible para el adherente evitando así, con este ardid, la nulidad de la cláusula por ser estimada abusiva<sup>389</sup>. Según el Tribunal de Justicia, la distinción que hace el art. 5 de la Directiva entre acciones individuales y colectivas se explica por la distinta finalidad de ambas: en el primer caso, el juez ha de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato ya celebrado, y siendo así una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a este; en el segundo caso, el juez debe realizar una apreciación *in abstracto* de abusividad de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado, y en este escenario, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede en caso de duda interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos, de modo que una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores<sup>390</sup>.

---

[dir.], *Le condizioni generali di contratto*, Milán, 1979, p. 262) la técnica consistente en utilizar la interpretación para realizar un control indirecto del clausulado es criticable, ya que el problema debe encararse frontalmente.

<sup>389</sup> INFANTE RUIZ, F. J., «¿Qué ocurre cuando el legislador se confía frente a una directiva? Exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto de las condiciones generales», en *RFDUG* n.º 9, 2006, p. 472.

<sup>390</sup> STJ 9.9.2004, *Comisión/España*, C-70/03 (en adelante, Sentencia *Comisión/España*), aptdo. 16. Recordemos que en esta sentencia se condenó a España por un defecto de transposición de la Directiva 93/13 en lo relativo al art. 5, entendiéndose que la incorporación al art. 6.2 LCGC era incompleta pues, aunque establecía la regla *contra proferentem*, no preveía una exclusión explícita de dicha regla en el procedimiento de control abstracto. En el Derecho alemán tampoco se excluyó expresamente la aplicación de la regla *contra proferentem* en sede de control abstracto, pero se encuentra consolidada en la jurisprudencia, así como en la doctrina, la afirmación de que en el proceso abstracto no cabe dicha interpretación, sino que se ha de formular una regla inversa: en caso de duda la interpretación típica que se realice debe ser en el sentido *más hostil* (*kundenfeindlichste Auslegung*) para el adherente, pues así no escaparán al control de contenido cláusulas que de otro modo no serían reputadas abusivas. En España no existe una jurisprudencia que establezca una interpretación lo más hostil posible en contra del adherente, pero la naturaleza de las cosas impide la alegación de la interpretación favorable al consumidor en un juicio de control abstracto bajo la arquitectura del sistema español de interpretación de los contratos, como dice INFANTE (*op. cit.*, 2006, p. 491), razón por la cual critica el fallo de dicha sentencia, al suponer un agravio comparativo con respecto a la situación alemana. Así, mientras el § 305 c (2) BGB sigue sin contemplar la inaplicación de la regla *contra proferentem* en el proceso abstracto, nuestro art. 6.2 LCGC tuvo que ser

En cambio, el efecto que de la falta de transparencia se deduce del art. 4.2 Directiva 93/13 (apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales) puede ser aplicable tanto en litigios individuales como colectivos, por dos razones: primera, porque tal precepto, a diferencia del art. 5 de la Directiva, no impone una restricción según el tipo de litigio<sup>391</sup>; segunda, porque, al contrario que la regla *contra proferentem* (que según el tipo de acción ejercitada puede beneficiar o perjudicar a los consumidores<sup>392</sup>), dicho efecto es siempre ventajoso para el consumidor, puesto que posibilita la evaluación de abusividad de un clausulado que *a priori* es inatacable.

## B) LA EXENCIÓN DE CONTRASTE DE ABUSIVIDAD EN EL *SOFT LAW* Y EN REINO UNIDO

### *Soft Law*

Recogiendo el testigo del art. 4.2 Directiva 93/13, los PECL contemplan la exención del control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales en su art. 4:110, esto es, el precepto dedicado a las cláusulas abusivas no negociadas individualmente. Así, tras ofrecer en su apartado primero un resumen de los arts. 3.1 y 4.1 Directiva 93/13, advierte en su apartado segundo que el precepto no se aplica, y por tanto la consideración de abusividad no alcanzará a: a) una cláusula que concrete el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible; b) la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte.

---

modificado para explicitar la exclusión de tal regla en dicha sede, de hecho, tras la redacción dada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, LMPC), tal precepto termina estableciendo que «*en los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales*» (limitación que también recoge el art. 80.2 TRLCU). Antes de tal modificación, la doctrina española ya sostenía, al igual que la alemana, que en ámbito de control abstracto la cláusula habría de interpretarse en el sentido más beneficioso para el predisponente, para a continuación someterla a control de contenido, de manera que si así entendida no superara dicho control, se daría lugar a la acción colectiva que se hubiese instado (*vid.* SALVADOR CODERCH, *op. últ. cit.*, pp. 395 y 396, y la doctrina allí citada).

<sup>391</sup> Crítica esta divergencia GILLES PAISANT: *vid.* MICKLITZ, *op. cit.*, 1999, p. 167.

<sup>392</sup> Su aplicación será beneficiosa si se instase una acción individual, esto es, en sede de control concreto, pero no así en caso de acción colectiva, ya que en ámbito de control abstracto el juez tan solo puede resolver las dudas *típicamente* según la naturaleza de los bienes o servicios objeto del tipo de contrato, y por tanto si la regla *contra proferentem* se aplicase en el mismo sentido que en el ámbito concreto se llegaría al resultado de que superarían el control de contenido cláusulas que, al menos en uno de sus sentidos posibles, no podrían quedar sustraídas a la consideración de abusividad (PAGADOR, *op. cit.*, 1998, p. 101).

La exención del art. 4:110(2) PECL difiere de la prevista en art. 4.2 Directiva 93/13 en dos extremos: en primer lugar, mientras que la regla de la Directiva se aplica, al igual que el resto de sus disposiciones, únicamente a los contratos B2C, la de los PECL es aplicable a todo contrato con clausulado no negociado individualmente<sup>393</sup>; en segundo lugar, la transparencia, que en el art. 4.2 de la Directiva se exige para que queden exentas de control de contenido las cláusulas referentes al objeto principal del contrato y la relación calidad-precio, solo aparece en el art. 4:110(2) PECL respecto a la primera hipótesis de exclusión<sup>394</sup>.

Los comentarios oficiales de los PECL se muestran escuetos en cuanto a la regla del art. 4:110(2). Señaladamente se advierte que la misma ha de interpretarse de manera estricta, que su fundamento es evitar la introducción del *iustum pretium* del Derecho canónico, y que a los jueces les está vedado juzgar la relación entre el precio y el objeto principal<sup>395</sup>. Si nos atenemos a esto pudiera parecer que los PECL se han limitado a asumir tal cual la exclusión prevista en el art. 4.2 Directiva 93/13, contrastando así con el Proyecto GANDOLFI (paralelo al Proyecto LANDO), en la medida en que el CEC ni contiene regla similar ni parece proclive a este planteamiento<sup>396</sup>.

Mayor convencimiento en la necesidad de dejar fuera del juicio de abusividad las cláusulas sobre elementos esenciales se percibe en los ACQP y DCFR, en tanto que ambos textos fundamentan tal exclusión del control de contenido, recogida con idéntica formulación en los arts. 6:303(2) ACQP y II.-9:406(2) DCFR<sup>397</sup>, sobre razones similares a las que ya se apuntaron para justificar la regla del art. 4.2 Directiva 93/13. Concretamente se recogen dos razones –coincidentes– en los comentarios oficiales: por un lado, que un control judicial de dichos elementos resultaría incompatible con las necesidades de una economía de mercado, por otro, que tal control requeriría la aplicación de criterios legales que no existen; ahora bien, se advierte que la situación es diferente si no se cumple el deber de transparencia (establecido en art. 6:302 ACQP y II.-9:402 DCFR respecto a las cláusulas no negociadas individualmente, con independencia de

<sup>393</sup> El art. 4:110 PECL amplía el ámbito de aplicación de la cláusula general de la Directiva 93/13 (art. 3) a los contratos entre particulares y respecto de los contratos mercantiles (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 384).

<sup>394</sup> Según CÁMARA LAPUENTE (*op. cit.*, p. 49, n. 60) el hecho de que el deber de transparencia no se inserte respecto a la relación calidad-precio obedece a que esta no constituye propiamente una cláusula.

<sup>395</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 387.

<sup>396</sup> *Vid.* en este sentido CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, p. 51.

<sup>397</sup> Ambos establecen que *respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje claro e inteligible, el control de abusividad no se extenderá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio a pagar.*

que el contrato sea o no B2C), ya que en caso de que las cláusulas no fueran suficientemente transparentes no tendría lugar una informada decisión de mercado y por tanto sí sería adecuado aplicarles un control judicial<sup>398</sup>.

Y aunque ambos preceptos carecen de una definición del «objeto principal del contrato», los comentarios oficiales tratan de arrojar luz al respecto<sup>399</sup>. Así, se señala que tal excepción vendrá dada, en la mayoría de los casos, por las cláusulas que identifiquen y describan los servicios o bienes a entregar; que se refiere a la «prestación característica» del contrato (al estilo del art 4.2 Convenio de Roma); que se parte de la base de que el objeto principal se ha negociado individualmente, de ahí que la excepción al juicio de abusividad operará siempre que la elección individual no haya sido alterada o modificada por las cláusulas contractuales, y en consecuencia una cláusula que varíe este elemento esencial ya definido por las partes sí sería evaluable, advirtiéndose, por último, que estas consideraciones son igualmente aplicables a las cláusulas que determinan el precio<sup>400</sup>.

En tanto que los ACQP y DCFR no restringen la consideración de abusividad al clausulado de contratos B2C (al igual que los PECL y al contrario que la Directiva 93/13), la exención de control de contenido prevista en aquellos es aplicable a todo contrato con clausulado no negociado individualmente; no importa la condición de los contratantes, solo el cumplimiento del deber de transparencia para que queden exentas de control las cláusulas sobre elementos esenciales. En cambio, el FS distingue entre los contratos B2C, en que el juicio de abusividad no se aplica a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación del precio que deba pagarse *siempre que* el profesional haya cumplido el deber de transparencia [art. 78(2) FS], y los contratos B2B, donde nunca se evaluarán dichos elementos [arts. 78(3) FS]; distinción que también hacía la CESL hasta que la *RPE 2014* suprimió –enmienda 153– el original aptdo. 2 del art. 80.

Como puede observarse, PECL, ACQP, DCFR y FS siguen a la Directiva 93/13 en lo que se refiere a permitir la apertura del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales por su falta de transparencia: los PECL, ACQP y DCFR amplían esta consecuencia a todo contrato con clausulado no

<sup>398</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:303», 2007, p. 242, 2009, p. 327; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:406», p. 646.

<sup>399</sup> En este sentido, los comentaristas oficiales del art. 6:303 ACQP reconocen que, aunque era evidente que la calidad de los bienes o servicios objeto del contrato y la adecuación del precio no podían sujetarse a control judicial de abusividad, se discutió si era necesaria una definición más precisa de la excepción referente al *objeto*, y dado que dicho precepto no lo ofrecía se trató de proporcionar en la medida de lo posible por vía de comentario oficial al precepto (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:303», 2007, p. 241, 2009, p. 326).

<sup>400</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:303», 2007, p. 243, 2009, p. 328; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:406», pp. 647 y 648.

negociado individualmente, pues en ellos el deber de transparencia no solo es predicable en contratos B2C; mientras que el FS restringe dicho efecto a los contratos B2C, dado que, al igual que la Directiva, la transparencia tan solo es exigible en dichos contratos, aunque, como ocurre en el DCFR, formula esta obligación sin circunscribirla a la *redacción* del clausulado<sup>401</sup>, mejorando así la técnica empleada por la Directiva, que ha necesitado ser aclarada por el Tribunal de Justicia<sup>402</sup>.

Esta consecuencia, que va aparejada a la falta de transparencia del clausulado sobre elementos esenciales y que es común en los textos examinados, resulta aplicable tanto si se ejercitan acciones individuales como colectivas si nos atenemos a que ni la Directiva ni los demás textos la limitan a un ámbito de control, que podría ser concreto o abstracto, al contrario de lo que sucede con la regla *contra proferentem*, cuya aplicación a las cláusulas dudosas por oscuras está excluida en sede de control abstracto por la Directiva 93/13 (art. 5 *in fine*, según vimos antes), exclusión que también se contempla en los ACQP, concretamente en el apartado segundo del art. 6:203, tras establecer en su primer apartado, *imperativamente* y sin el referente de consumo, la interpretación contra el proponente de la cláusula no negociada individualmente cuyo significado no está claro<sup>403</sup>, como también prevé el art. 40.3 CEC<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> En el art. II.-9:402(1) DCFR la transparencia también se exige en la *comunicación* de las cláusulas no negociadas individualmente con cualquier adherente; en el art 80 FS se exige en la *presentación* de las cláusulas no negociadas individualmente con el consumidor, de manera comprensible y *accesible*.

<sup>402</sup> Como vimos en el epígrafe anterior, el TJ ha sentado que, a pesar de que la Directiva 93/13 se refiere a la redacción clara y comprensible, el deber de transparencia no se reduce solo al carácter comprensible del clausulado en un plano formal y gramatical, sino que también supone una exigencia de información tal que le permita al consumidor evaluar pros y contras de la contratación.

<sup>403</sup> El art. 6:203(1) ACQP formula así la regla *contra proferentem*: «*Where the meaning of a term is unclear, that term is to be interpreted against the party who supplied it*». Aunque no haga referencia expresa a las cláusulas no negociadas individualmente, la aplicación de la regla se circunscribe a ellas, ya que tal precepto se encuentra en el Capítulo 6 («*Non-negotiated terms*»). En los comentarios oficiales se reconoce que esta disposición está basada en el art. 5 Directiva 93/13, pero a diferencia de este, que se refiere a los términos escritos, el art. 6:203(1) ACQP parte de la base de que también existen términos orales no negociados, de manera que a ellos también sería aplicable la regla, que sin embargo está excluida en los procedimientos colectivos de cesación [art. 6:203(2)], siguiendo la fundamentación recogida en el apto. 16 de la Sentencia *Comisión/España* (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:203», 2007, p. 230, 2009, pp. 234-235). En los procedimientos individuales el art. 6:203 tiene preferencia sobre el art. 6:301 (*unfairness of terms*), de manera que, en primer lugar, la cláusula oscura debe interpretarse de acuerdo con el art. 6:203, y en segundo lugar, el resultado de dicha interpretación está sujeto al *fairness test* del art. 6:301 y ss. ACQP; con todo, se advierte que la regla *contra proferentem* no es aplicable en todos los casos en que la redacción de la cláusula permita diferentes interpretaciones de la misma, sino que se limita a los supuestos en que existan serias dudas después de pasar por los métodos generales de interpretación y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes (PFEIFFER/EBERS, *ib.*, 2007, p. 231, 2009, p. 235).

<sup>404</sup> Según el cual «en caso de duda, las cláusulas redactadas por uno de los contratantes y que no hayan sido negociadas se interpretarán contra su autor». Como vemos, el CEC contempla la regla *contra proferentem*, prescindiendo del referente de consumo y de forma imperativa (la interpretación contra el

En los PECL tal interpretación es *preferible* (art. 5:103), al igual que ocurre en los PICC (art. 4.6), prescindiendo ambos del referente de consumo, si bien los primeros formulan la regla sobre la base de la falta de negociación individual, que no se explicita en los segundos<sup>405</sup>. Por otro lado, el DCFR distingue entre las cláusulas no negociadas individualmente cuyo significado sea dudoso, en cuyo caso se *preferirá* la interpretación contraria a quien las propuso [art. II.-8:103(1) DCFR], y las cláusulas que, aun habiendo sido objeto de negociación individual, se han incluido bajo la clara influencia de una de las partes, *prefiriéndose* en caso de duda la interpretación contraria a los intereses de dicha parte dominante<sup>406</sup> [art. II.-8:103(2) DCFR]; no obstante, se advierte que la regla, en ambos supuestos, es de aplicación subsidiaria, porque esta dependerá del resultado negativo de una previa interpretación realizada al amparo de las reglas generales establecidas en el DCFR<sup>407</sup>, y que su función no resulta puramente interpretativa en tanto que constituye una sanción a la obligación de redactar las cláusulas de manera clara y comprensible<sup>408</sup>. Por su parte, tanto FS como CESL distinguen, con idéntica formulación, entre contratos B2C, donde en caso de cláusula dudosa prevalecerá la interpretación más

---

proponente no es preferible sino obligada), para las cláusulas no negociadas ambiguas, al igual que el art. 6:203 ACQP, pero a diferencia de este no excluye su aplicación en litigios colectivos.

<sup>405</sup> Dispone el art. 5:103 PECL que «en caso de duda, los términos del contrato *que no se hayan pactado de manera individual*, se interpretarán *preferiblemente* contra la parte que los hubiera propuesto». Y el art. 4.6 PICC que «si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, *se preferirá* la interpretación que perjudique a dicha parte». El art. 5:103 PECL se aplica en particular a las condiciones generales redactadas unilateralmente por una de las partes, pero también se puede aplicar a un contrato de adhesión que se haya redactado para una ocasión particular, pero que no sea negociable (*Principios, Partes I y II*, «Art. 5:103 – Comentario», p. 425). Por su parte, el ámbito en que el art. 4.6 PICC se aplique dependerá de las circunstancias del caso; cuanto menos los términos del contrato en cuestión hayan sido materia de negociación entre las partes, mayor justificación para interpretarlos en contra de la parte que los incluyó en el contrato (*PICC*, «Art. 4.6 – Comment», 2010, p. 130).

<sup>406</sup> Esta extensión de la regla *contra proferentem* a las cláusulas negociadas individualmente, basada en la «influencia dominante» de una de las partes, es muy cuestionable a juicio de CANARIS y GRIGOLEIT, para quienes este criterio no es adecuado para resolver el problema y resulta casi paradójico, ya que por principio elemental de derecho privado la mera posición dominante de una de las partes es irrelevante si no hay una disfunción en el proceso de negociación ni en el mercado; *vid.* CANARIS, C.-W./GRIGOLEIT, H. CH., «Interpretation of Contracts», en Hartkamp, A. S./Hesselink, M. W./Hondius, E. H./Mak, Ch./du Perron, C. E., (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 609.

<sup>407</sup> En el comentario oficial del art. II.-8:103 DCFR se dice que el margen de aplicación de este precepto es limitado, pues, partiendo de que la regla solo operará cuando el significado de la cláusula es dudoso, se advierte que en muchos casos, si no en la mayoría de ellos, las normas generales de interpretación de los arts. II.-8:101 y II.-8:102 DCFR permitirán llegar a un significado claro de la cláusula en cuestión (*DCFR, Outline Edition*, «II.-8:103», p. 591).

<sup>408</sup> CORTADA CORTIJO, N., «Interpretación», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, p. 559. Recordemos que el deber de transparencia se recoge en el art. II.-9:402 DCFR para las cláusulas no negociadas individualmente, y que el mismo no se restringe a la redacción del clausulado sino que también se exige en su comunicación al adherente, sea o no consumidor.

favorable al consumidor, salvo que haya sido propuesta por este [arts. 62(1) FS y 61 *ter*, apto. 1, CESL], y contratos B2B, en que existiendo dudas sobre el significado de una cláusula no negociada individualmente –falta de negociación que no se explicita como requisito de la regla *pro consumatore* anterior– prevalecerá la interpretación contraria a la parte que la propuso (arts. 63 FS y 62.1 *bis* CESL). En lo que coinciden todos estos textos es en no contemplar exclusión de la regla *contra proferentem* en sede de control abstracto, que solo está prevista en la Directiva 93/13 (art. 5 *in fine*) y ACQP [art. 6:203(2)].

### Reino Unido

Originalmente el art. 4.2 Directiva 93/13 fue incorporado al ordenamiento británico en su primera norma de transposición de la Directiva, esto es, la UTCCR 1994, concretamente en Reg. 3(2)<sup>409</sup>. Más tarde, la conocida como «*core terms exemption*» pasó con leve variación a la Reg. 6(2) UTCCR 1999, rezando así: «*In so far as it is in plain intelligible language, the assessment of fairness of a term shall not relate (a) to the definition of the main subject matter of the contract, or (b) to the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services supplied in exchange*». Como vemos, al igual que la regla de la Directiva, la UTCCR dejaba fuera de evaluación a los *core terms* siempre que resultaran transparentes, y a *contrario sensu*, permitía controlar su eventual abusividad cuando se incumpliera el deber de transparencia, que se formulaba en la Reg. 7(1) de manera similar al art. 5 Directiva 93/13<sup>410</sup>.

Con su informe de 2005, *Unfair Terms in Contracts*, LC/SLC acompañaron el ya citado UCTB, primera propuesta para refundir UCTA y UTCCR 411 que, manteniendo la exención de los *core terms*<sup>412</sup>, no consideraba bastante

---

<sup>409</sup> Que establecía la exención de los *core terms* de la siguiente manera: «*In so far as it is in plain, intelligible language, no assessment shall be made of the fairness of any term which (a) defines the main subject matter of the contract, or (b) concerns the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services sold or supplied*».

<sup>410</sup> «*A seller or supplier shall ensure that any written term of a contract is expressed in plain, intelligible language*» [Reg. 7(1) UTCCR 1999].

<sup>411</sup> En su informe *Unfair Terms in Contracts* (LAW COM n.º 292, SCOT LAW COM n.º 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005), THE LAW COMMISSION y THE SCOTTISH LAW COMMISSION (LC/SCL) pusieron de relieve las divergencias entre UCTA y UTCCR y recomendaron la adopción de un régimen armonizado que reemplazara ambos cuerpos legales, conteniéndose al efecto en dicho informe un proyecto de ley sobre cláusulas contractuales abusivas (*Unfair Contract Terms Bill*, UCTB), concretamente en el *Appendix A*, pp. 135-209.

<sup>412</sup> De hecho, a excepción de las cláusulas sobre elementos esenciales, cualquier cláusula en contra de B2C, sea o no negociada individualmente, estaba sujeta al «fair and reasonable test» previsto en S. 4(1) y 14 UCTB.

que el clausulado nuclear fuera transparente para que aquella operase, es más, ni siquiera el requisito de transparencia se formulaba como hasta entonces, yendo más allá de la exigencia de plasmación clara y comprensible *ex Reg. 7(1) UTCCR* y art. 5 Directiva 93/13.

En cuanto a los requisitos de la exención de control en contratos B2C<sup>413</sup>, el UCTB exigía, para la cláusula que definiera el «objeto principal del contrato», que la descripción fuera (a) transparente y (b) sustancialmente la misma que el consumidor cabría esperar razonablemente [S. 4(2)]; y para la cláusula que estableciese «el precio»<sup>414</sup>, que este fuera (a) transparente, (b) pagable en circunstancias que fuesen sustancialmente las que cabría esperar razonablemente el consumidor, y (c) calculado en forma igualmente razonable [S. 4(3)]. Como vemos, la exención no solo se basaba en la transparencia, sino también en el mantenimiento de las expectativas razonables del consumidor acerca del objeto principal del contrato y el precio, puesto que dichas expectativas podían ver defraudadas de no haber coincidencia básica entre cómo se presentaron aquellos y su funcionamiento: si este, en virtud de lo que figurara en el contrato, fuera sustancialmente diferente del que cabría esperar, no operaría la «*core terms exemption*»<sup>415</sup>. Sobre el precio, además, señalaba el UCTB que incluía la «remuneración» pero no las cantidades eventuales o accesorias al principal<sup>416</sup> [S. 4(5) y (6)], que por tanto sí quedarían sujetas a evaluación.

Respecto a la concreción del requisito de transparencia, este solo se entendía cumplido bajo el UCTB si la cláusula (a) estuviera expresada en un lenguaje razonablemente sencillo, (b) fuera legible, (c) se presentara con claridad, y (d) estuviese disponible para cualquier persona que pudiera verse afectada por la cláusula en cuestión [S. 14(3)]. Esta última exigencia para considerar transparente una cláusula se refería a los casos en que la cláusula se fijara, por la parte que pretendía servirse de ella, en un documento que no estuviera físicamente a disposición de la otra parte en el momento de contratar<sup>417</sup>. Y especialmente relevante fue la introducción de la transparencia

<sup>413</sup> Para los contratos B2B en que fuera parte una pequeña empresa, el UCTB exigía los mismos requisitos en Reg. 11(3) y (4).

<sup>414</sup> Nótese el cambio de formulación: en Reg. 6(2)(b) UTCCR se hablaba de la «adecuación del precio o remuneración como contrapartida de los bienes o servicios suministrados en cambio», mientras en S. 4(3) UCTB del «precio a pagar en virtud del contrato de consumo».

<sup>415</sup> En este sentido, *vid. LC/SLC, op. cit.*, 2005, p. 33, aptdos. 3.58 y 3.59.

<sup>416</sup> Recogía así el UCTB la decisión de la *House of Lords* en *Director General of Fair Trading v. First National Bank*, que distinguía entre *core terms* y cláusulas incidentales o accesorias (*incidental or ancillary terms*). *Vid. LC/SLC, op. cit.*, 2005, p. 34, aptdo. 3.60, y p. 147, nota 16.

<sup>417</sup> *LC/SLC, op. cit.*, 2005, p. 159, nota 41.

como elemento a tener en cuenta para valorar si la cláusula era «justa y razonable» [S. 14(1)(a) UCTB]<sup>418</sup>, pues el hecho de que no fuese transparente podía ser el principal, o *único*, motivo de no superar el *fair and reasonable test*<sup>419</sup>.

El Gobierno británico aceptó las recomendaciones de LC/SLC, pero decidió esperar al resultado de las negociaciones sobre la Directiva de derechos de los consumidores, y dado que finalmente la Directiva 2011/83 no incluyó la parte relativa a las cláusulas abusivas que estaba en principio prevista, el *Department for Business, Innovation and Skills* (BIS) pidió a LC/SLC que actualizaran y revisaran su propuesta, especialmente en lo relativo a las cláusulas exentas de evaluación (*exempt terms*).

Los aspectos más destacados de la revisión en tal área fueron, por un lado, que ya no se seguiría, en cuanto a las cláusulas de precio, la distinción entre principal y accesorio o incidental<sup>420</sup>; por otro, que las cláusulas sobre el objeto principal del contrato y el precio quedarían exentas siempre que fueran transparentes y *destacadas*, introduciéndose así junto al requisito de transparencia el de *prominencia*<sup>421</sup>, que exigía que la cláusula se presentara durante el proceso de contratación de tal manera que un consumidor razonable tomase consciencia de la misma, incluso si no leyó por completo el

---

<sup>418</sup> En efecto, para el *fair and reasonable test* se tendría en cuenta (a) el grado de transparencia de la cláusula, y (b) su sustancia y efectos, y todas las circunstancias existentes al tiempo de contratar [S. 14(1) UCTB]. Para valorar si la cláusula es transparente habría que estar a lo previsto en S. 14(3) –como hemos visto *supra*–, y para decidir sobre la sustancia y efectos de la cláusula y las circunstancias concurrentes el juez debía tener presente los factores enumerados en S. 14(4), que vendría a reemplazar las *guidelines* de *Schedule 2 UCTA* (LC/SLC, *op. cit.*, 2005, p. 159, nota 42, y p. 161, nota 43).

<sup>419</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

<sup>420</sup> Como vimos antes, en S. 4(5) UCTB se excluía de la noción de precio las cantidades eventuales o accesorias al principal, de manera que solo la cláusula de precio «principal» quedaría exenta de evaluación (siempre que fuera transparente y respetase las expectativas razonables del consumidor). Con la revisión llevada a cabo, tal distinción desaparece, en línea con la decisión de la *Supreme Court* en el caso *Office of Fair Trading v. Abbey National plc*, donde sostuvo que no cabía evaluar la adecuación del precio, independientemente de que fuera principal o accesorio. Como reconocen LC/SLC en *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? Issues Paper*, 2012, p. 37, cuando hicieron su informe de 2005 (que contenía el UCTB), tomaron en cuenta la postura de la *House of Lords* en *Director General of Fair Trading v. First National Bank* porque era la única guía sobre la aplicación de la Directiva 93/13, pero en 2009 la *Supreme Court* tomó un enfoque diferente en *Abbey National*, rechazando la tesis de que las cláusulas debían dividirse en principales o accesorias a efectos de excluirlas o someterlas a evaluación. *Vid.* LC/SLC, *op. cit.*, 2012, p. 97, aptdos. 8.38-8.42.

<sup>421</sup> Se mantenía el requisito de transparencia pero desaparecía el de las «expectativas razonables» que estaba previsto en S. 4(2)(b) y 4(3)(b) y (c) UCTB, sustituyéndose por el requisito de *prominencia*, que para la OFT (*op. cit.*, 2012, p. 16, aptdo. 2.17) no era sino un «plus» de transparencia. Para LC/SLC, la cuestión quedaba más clara de centrarse en cómo se presentó el acuerdo en lugar de lo que un consumidor razonable podría haber esperado, proponiéndose así eximir a los *core terms* de evaluación si fueran transparentes y *prominentes*, en lugar de transparentes y *razonablemente esperados*, no obstante apuntaban que no había diferencia real entre ambos conceptos (LC/SLC, *op. cit.*, 2012, p. 103, aptdo. 8.73).

documento contractual, y ello a fin de garantizar que el consumidor fuese consciente del «pacto esencial», esto es, lo que tendría que pagar y lo que recibirá a cambio<sup>422</sup>.

La propuesta revisada fue sometida a consulta pública mediante un documento de discusión<sup>423</sup>, siendo interesante la aportación de la OFT<sup>424</sup>, que mostró su preferencia por eliminar la exención de los *core terms*<sup>425</sup>, y, de mantenerse, entendía insuficiente para eximirlos de control los requisitos de transparencia y prominencia<sup>426</sup>. Terminada la consulta, LC/SLC analizaron las contribuciones a la misma y tras ello hicieron recomendaciones al BIS sobre el clausulado en contratos B2C<sup>427</sup>, que fueron seguidas sustancialmente por BIS al elaborar el *Draft Consumer Rights Bill*, concretamente en lo referente a cláusulas abusivas (*Part 2*, S. 64-78, y *Schedules 2-4*); proyecto legal que, publicado en 2013 y tras su recorrido parlamentario –tuvo entrada en la *House of Commons* el 23.1.2014–, finalmente vio la luz como *Consumer Rights Act 2015* (CRA), cuya *Part 2* (S. 61-76) y *Schedules 2-4* se dedican al clausulado abusivo.

LC/SLC recomendaron reformular la «core terms exemption» que se contenía en Reg. 6(2) UTCCR<sup>428</sup>, de modo que en la nueva legislación las cláusulas sobre objeto principal del contrato y precio quedaran exentas de control (al que sí se someterían el resto de cláusulas, fueran o no negociadas,

<sup>422</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2012, p. 95, aptdo. 8.26. Como dicen LC/SLC (*ib.*, aptdo. 8.27), cuanto más inusual u oneroso sea el término, más prominente tiene que ser, lo cual está en consonancia con la regla general del *Common law* de que una parte debe adoptar medidas para llamar la atención de la otra sobre las condiciones especialmente inusuales u onerosas: *vid. Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] 1 QB 433; *Shepherd Homes Ltd v. Encia Remediation Ltd* [2007] EWHC 70.

<sup>423</sup> LC/SLC, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012.

<sup>424</sup> OFT, *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, noviembre 2012.

<sup>425</sup> Según la OFT, ello posibilitaría una mayor simplicidad legislativa, sería coherente con la posición en algunos Estados miembros que no contemplan la excepción, y además garantizaría que los consumidores pudieran desafiar cláusulas que imponen cargas que no cumplen los criterios de equidad (OFT, *op. cit.*, 2012, p. 13, aptdo. 2.8).

<sup>426</sup> La OFT se mostró partidaria de excluirlos tan solo cuando los consumidores fueran «sensibles» a sus consecuencias, tomando así el concepto de *sensibilidad* desarrollado por SCHILLIG (*op. cit.*, 2011); por ello, cuando LC/SLC plantearon la cuestión de si una cláusula de precio debía quedar exenta de control si fuera transparente y prominente [LC/SLC, *op. cit.*, 2012, p. 122, *question 10.4(1)*], la OFT respondió negativamente, al entender que solo las cláusulas de precio que están genuinamente sujetas a la sensibilidad de los consumidores, y por tanto a la competencia, deberían excluirse de evaluación, siendo insuficiente un lenguaje claro y la propuesta prominencia para garantizar que la cláusula esté sujeta a competencia: *vid. OFT, op. cit.*, 2012, p. 14, aptdos. 2.10 y 2.12, p. 15, aptdo. 2.14, y p. 21, aptdo. 2.26.

<sup>427</sup> LC/SLC, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013.

<sup>428</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2013, *Recommendation 1*, en p. 15, aptdo. 2.43.

## ■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

conforme a la *assessment of fairness*<sup>429</sup>) si fueran transparentes y prominentes<sup>430</sup>, proponiendo la siguiente redacción<sup>431</sup>:

*No assessment of fairness shall be made-*

*(1) of a term which specifies the main subject matter of the contract; or*

*(2) of the amount of the price, as against the goods or services supplied in exchange, provided that the term in question is transparent and prominent.*

Nótese, por un lado, que respecto al *objeto principal del contrato*, la fórmula prescindía de la referencia a su «definición», que estaba presente en Reg. 6(2) UTCCR al seguir las palabras del art. 4.2 Directiva 93/13, por considerarse que inducía a confusión, y aunque en este contexto la cláusula que «defina» el objeto principal debe entenderse como aquella que lo determina y no simplemente la forma en que ha sido definido, esta idea quedaría mejor expresada como la cláusula que lo «especifica». Por otro lado, respecto al *precio* también se desechara la referencia a la «remuneración», por entender que no aportaba nada y en cambio podía causar confusión<sup>432</sup>, considerando que el único aspecto importante de la definición de precio es el relativo a «contraprestación monetaria», conforme a la definición *ex S. 2(1) Sale of Goods Act 1979*<sup>433</sup>, pieza legislativa que, junto a UCTA y UTCCR, resultó afectada por la entrada en vigor de la CRA<sup>434</sup>.

---

<sup>429</sup> Frente a la postura inicial de LC/SLC, según la cual se apostaba por el *fair and reasonable test* [S. 4(1) y 14 UCTB], en su *Advice to BIS* recomendaron, en cambio, que el *fairness test* de arts. 3.1 y 4.1 Directiva 93/13 debería reproducirse en la nueva legislación (LC/SLC, *op. cit.*, 2013, *Recommendation* 22, en p. 82, aptdo. 6.46), debiendo sujetarse a tal evaluación cualquier cláusula, negociada o no, con la excepción de los *core terms* (*ib.*, *Recommendation* 28, en p. 95, aptdo. 7.66) que fueran transparentes y prominentes.

<sup>430</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2013, *Recommendation* 2, en p. 26, aptdo. 3.59, y *Recommendation* 3, en p. 28, aptdo. 3.79.

<sup>431</sup> *Ib.*, p. 35, aptdo. 3.121.

<sup>432</sup> Para LC/SLC es poco probable que la retribución incluya obligaciones no monetarias, pero aunque así fuera no entienden correcto que puedan quedar exentas, ya que es improbable que esté sujeta a competencia una obligación no pecuniaria del consumidor que no conforma el objeto principal, y por tanto recomiendan que la palabra «remuneración» sea omitida en la nueva legislación (*ib.*, p. 48, aptdos. 4.64 y 4.66 –*Recommendation* 9–), contrastando así con su postura inicial, pues, como vimos antes, S. 4(6) UCTB recogía expresamente la remuneración como integrante del precio.

<sup>433</sup> «A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a *money consideration*, called the price». LC/SLC señalaron que la misma definición debía aplicarse al precio en este contexto, y por tanto recomendaron que el precio fuese entendido como «*money consideration*» (LC/SLC, *op. cit.*, 2013, aptdos. 4.63 y 4.65 –*Recommendation* 8–).

<sup>434</sup> Acerca del impacto que la CRA tuvo en la *Sale of Goods Act 1979* y demás legislación –no solo UCTA y UTCCR, de cuya afectación ya hablamos *supra* en epígrafe 2.2.3–, *vid.* BIS, Explanatory Notes - Consumer Rights Act 2015, 26.3.2015, p. 11.

Teniendo en cuenta estas recomendaciones, se plasmó en el proyecto de ley –S. 67(1)– y finalmente en S. 64(1) CRA que una cláusula de *contrato B2C* [S. 61(1) CRA] no estará sujeta a «evaluación de equidad» ex S. 62 CRA en la medida en que: (a) *it specifies the main subject matter of the contract, or (b) the assessment is of the appropriateness of the price payable under the contract by comparison with the goods, digital content or services provided under it*. Y en S. 64(2) CRA se establece que tal exclusión solo opera si la cláusula es *transparent and prominent*.

Respecto a los requisitos de transparencia y prominencia, se recomendó por LC/SLC que, para entender cumplido el primero, la cláusula debía estar en términos claros y comprensibles, fácilmente disponible para el consumidor, y, si fuera escrita, debía ser legible<sup>435</sup>; y respecto al segundo, para que una cláusula se entendiera destacada habría de ser presentada de tal manera que un consumidor medio fuera consciente de la misma<sup>436</sup>. Ello tiene sustancialmente reflejo en S. 64(3) CRA, que dispone «*A term is transparent for the purposes of this Part if it is expressed in plain and intelligible language and (in the case of a written term) is legible*», y en S. 64(4) CRA, al establecer «*A term is prominent for the purposes of this section if it is brought to the consumer's attention in such a way that an average consumer would be aware of the term*»<sup>437</sup>.

El requisito de transparencia debe cumplirse respecto de todas las cláusulas de un contrato B2C, mientras que el de prominencia solo es relevante para la exención de control de equidad; en otras palabras, cualquier cláusula de contrato de consumo, incluso las menos importantes, deben ser transparentes, pero no todas ellas precisan ser destacadas<sup>438</sup>, y los *core terms* deben cumplir ambos requisitos para quedar exentos de evaluación. Por ello, mientras la obligación de prominencia se recoge en S. 64 CRA (*Exclusion from assessment of fairness*), la de transparencia aparece ahí para excluir de control a los elementos esenciales pero se formula aparte, con carácter general para las cláusulas de contrato B2C en S. 68 CRA (*Requirement for transparency*), como el deber

<sup>435</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2013, *Recommendation 6*, p. 41, aptdo. 4.26.

<sup>436</sup> *Ib.*, *Recommendation 7*, p. 45, aptdo. 4.46.

<sup>437</sup> Como vemos, la CRA, siguiendo lo recomendado por LC/SLC, sienta la prueba de la prominencia en base al estándar del «consumidor medio». Para LC/SLC, dicha prueba debe ser objetiva, pues de lo contrario sería muy difícil de aplicar en la práctica, y por ello apuestan por comprobar la prominencia de la cláusula desde el punto de vista del consumidor medio, entendido como aquel «razonablemente bien informado, atento y perspicaz», concepto utilizado por la legislación europea (LC/SLC, *op. cit.*, 2013, p. 44, aptdo. 4.41, y p. 45, aptdo. 4.44). Y en S. 64(5) CRA se detalla, en consonancia con ello, que el *average consumer* de S. 64(4) significa «a consumer who is reasonably well-informed, observant and circumspect».

<sup>438</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2013, p. 37, aptdo. 4.5, y p. 45, aptdo. 4.48.

que tiene el profesional de asegurarse de que las que consten por escrito sean transparentes, disposición que vendría a reflejar la Reg. 7(1) UTCCR, la cual a su vez implementaba el art. 5 Directiva 93/13<sup>439</sup>.

Por último, destacar que en el texto definitivo de la CRA no aparece la interesante previsión sobre la transparencia, como factor valorativo de control, que se contenía en UCTB. Recordemos que en la propuesta inicial de LC/SLC una cláusula podía resultar abusiva, principal o *exclusivamente*, por su falta de transparencia<sup>440</sup>, debiendo pues tenerse en cuenta el «grado de transparencia» en la determinación del carácter «justo y razonable» de lo estipulado<sup>441</sup> [S. 14(1)(a) UCTB]; pero a raíz de las aportaciones recibidas al documento de discusión que contenía la propuesta revisada, LC/SLC decidieron cambiar de postura, recomendando al BIS mantener en la nueva legislación los factores previstos en art. 4.1 Directiva 93/13<sup>442</sup>, lo que de hecho se terminó reflejando en S. 62(5) CRA<sup>443</sup>.

### C) LA OPERATIVIDAD DE LA EXENCIÓN EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA AL «CONTROL DE TRANSPARENCIA»

#### C.I) Discusión nacional previa a la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*

La posibilidad de controlar en nuestro país los elementos esenciales del contrato ha sido una cuestión analizada por la doctrina aun antes de la promulgación de la LCGC, y por ende antes de que se transpusiera la Directiva 93/13 a nuestro ordenamiento. Sin contar entonces con una normativa específica y unitaria en la materia, se negaba dicha posibilidad desde el fundamento del

---

<sup>439</sup> BIS, *op. cit.*, 2015, p. 74, nota 330. Según S. 68(1) CRA «A trader must ensure that a written term of a consumer contract, or a consumer notice in writing, is transparent»; como se ve, no especifica qué ha de entenderse por *cláusula* transparente, cosa que sí hace respecto a la *consumer notice* –concepto de incluye un anuncio, sea o no escrito, y cualquier otro tipo de comunicación referido a los derechos u obligaciones entre profesional y consumidor: S. 61(4), (7) y (8) CRA– en S. 68(2) CRA («A consumer notice is transparent for the purposes of subsection (1) if it is expressed in plain and intelligible language and it is legible»), pero en las *Explanatory Notes* de CRA se remite a la definición *ex* S. 64 CRA para las cláusulas escritas: legible y en lenguaje claro y comprensible (BIS, *ib.*, nota 328).

<sup>440</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2005, p. 42, aptdo. 3.102, y p. 159, nota 41.

<sup>441</sup> LC/SLC, *op. cit.*, 2013, p. 83, aptdo. 6.52.

<sup>442</sup> *Ib.*, p. 82, aptdo. 6.46, y p. 84, aptdo. 6.60.

<sup>443</sup> Donde no aparece la transparencia como factor valorativo de abusividad, sino que implementa lo que se disponía en Reg. 6(1) UTCCR, esto es, los factores a tener en cuenta para evaluar la equidad del clausulado *ex* art. 4.1 Directiva 93/13.

control de las condiciones generales <sup>444</sup>, y con asidero argumental en la originaria LCU <sup>445</sup> así como, fuera de nuestras fronteras, en la AGBG <sup>446</sup>.

Tras la Directiva 93/13 surgieron iniciativas para elaborar una ley especial sobre condiciones generales, publicándose borradores inspirados en la AGBG, hasta que en 1998 vio la luz la LCGC. A partir de entonces, la disciplina sobre condiciones generales quedó establecida en dos cuerpos normativos: por un lado, la regulación de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y el control de contenido de las mismas se incluyen en la Ley de consumo; por otro, la regulación de las cláusulas predispuestas y de los requisitos de incorporación en todo tipo de contratos se encuentran en la LCGC, quedando esta, en cierto modo, vacía de contenido en sus aspectos sustanciales, ya que idénticas normas se reproducen en la Ley de consumidores. Si el PLCGC no hubiera sido ya de por sí manifiestamente mejorable, el trámite parlamentario que alumbró la LCGC supuso su empeoramiento desde el punto de vista técnico; muchas fueron las modificaciones, pero nos vamos a referir a las supresiones, destacando, por un lado, la eliminación del art. 5 c) PLCGC, que contenía la prohibición de las cláusulas sorprendentes, y por otro, la eliminación del párrafo quinto en la redacción propuesta del art. 10 bis 1 LCU <sup>447</sup>, que decía así: «*Tal apreciación [la del carácter abusivo] no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el pre-*

<sup>444</sup> Se apuntaba que las cláusulas sobre elementos esenciales no podían considerarse condiciones generales y, por tanto, debían quedar exentas de control de contenido; como el fundamento del control es la ausencia de autodeterminación en la adhesión, debe entenderse que se está en presencia de una condición general cuando quepa esperar que el cliente no la ha tenido en cuenta al decidir si contrata, y no cabría sostener tal cosa respecto de los elementos esenciales del contrato (ALFARO, *op. cit.*, 1991, pp. 138 y 139).

<sup>445</sup> Se señalaba que la lista de cláusulas prohibidas del art. 10 LCU contenía solo condiciones accesorias, todo lo más enmascaramientos, por defecto de información, del precio real que el consumidor habría de pagar, lo cual tendría lógica por la remisión que el art. 1.1, II LCU hacía al sistema económico institucional (arts. 38, 128 y 139 CE), que vendría a vedar el control judicial de la relación calidad-precio, y la previsión del art. 10.5 LCU, al establecer que los poderes públicos habrían de velar por la transparencia de los precios, mas no por su equidad (DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, n.º 3, dic. 1984, p. 69).

<sup>446</sup> Cuyo § 8 restringía el control de contenido a las condiciones que modificaran o complementasen disposiciones legales, lo que suponía excluir de dicho control a los precios y las prestaciones que se ofrecen en el mercado ya que no son objeto de reglas jurídicas; por todos, WOLF, en Wolf, M./Horn, N./Lindacher, W. F. (eds.), *AGB-Gesetz Kommentar*, Munich, 1999, p. 300. *Vid.* ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 141, n. 70.

<sup>447</sup> La DA 1.ª PLCGC contemplaba modificaciones en la LCU, y concretamente la n.º tres añadía un nuevo art. 10 bis, cuyo primer aptdo. recogía la noción de cláusula abusiva, reproduciendo lo dispuesto en art. 3.2 Directiva 93/13, los factores a tener en cuenta en la apreciación de abusividad, según lo previsto en art. 4.1 de la Directiva, y la exclusión de los elementos esenciales del control de contenido (pfo. 5.º), siguiendo al art. 4.2 Directiva 93/13. *Vid.* BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-1, de 5.9.1997, p. 8.

*cio pactado, siempre que las cláusulas que los definan se redacten de manera clara y comprensible».*

Tal previsión reproducía sustancialmente lo dispuesto en el art. 4.2 Directiva 93/13, de manera que su supresión en trámite parlamentario supuso la falta de transposición de dicha regla<sup>448</sup>, y así, ni la LCGC ni la LCU contemplaban el tratamiento de los elementos esenciales. En efecto, la DA 1.ª,3 LCGC añadió un nuevo art. 10 bis a la LCU, cuyo aptdo. 1 (heredero del PLCGC) correspondía a los arts. 3 y 4 de la Directiva pero sin excluir el clausulado sobre elementos esenciales de la apreciación de abusividad. Y tal situación se mantuvo aun con las modificaciones que se fueron sucediendo tras 1998: básicamente, la operada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, se centró en reformas procesales (que, aun siendo notables, por referirse a acciones protectoras, no se acompañaron de otras de índole sustantiva a estos efectos que analizamos), y por la LMPC, que retocó la parte de la LCU atinente a las cláusulas impuestas, empeorándola –aún más–, y la LCGC, introduciendo alguna que otra novedad en el régimen de control de contenido<sup>449</sup> pero sin arrojar luz al tema que nos concierne. Y silente al respecto también se mostró el RD-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el vigente TRLCU, suponiendo la derogación de la LCU, que fue más «formal» que real, pues al repetir casi literalmente las expresiones de la LCU, esta quedó, en materia de cláusulas impuestas, fundamentalmente en pie<sup>450</sup>.

Ante este panorama, la polémica estaba servida: ¿significaba el silencio del legislador que los Tribunales españoles podrían examinar el contenido de las cláusulas atinentes a los elementos esenciales? La interpretación más favorable al consumidor llevaría a responder en sentido afirmativo, pero ¿resultaría ello compatible con el Derecho europeo? Ciertamente es que, conforme a la jurisprudencia relativa al principio de interpretación uniforme elaborada por el Tribu-

---

<sup>448</sup> Por haber prosperado la enmienda n.º 71, del Grupo Federal IU-IC, que abogó por suprimir la regla europea con la siguiente motivación: «El objeto principal y el precio pueden ser abusivos como es el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30%. Hacer que el coste no pueda ser abusivo supone una gran indefensión de los consumidores y usuarios» (BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 38). Según la doctrina mayoritaria, ello se debió a un error en la votación y por tanto se trató de una omisión no voluntaria de dicha regla (CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, p. 66, y los autores allí citados); en contra, BALLESTEROS GARRIDO, «Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado», en *RDM*, n.º 256, 2005, pp. 516-518.

<sup>449</sup> CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008, p. 26.

<sup>450</sup> Más allá del cambio numerológico de las disposiciones, solo la lista de cláusulas abusivas –antes, en la DA 1.ª LCU, ahora en los arts. 85-90 TR– y la regulación de la contratación telefónica y electrónica reciben pequeños retoques de interés (CLAVERÍA, *op. cit.*, p. 27).

nal de Justicia<sup>451</sup>, nuestra legislación interna habría de interpretarse al hilo de la Directiva 93/13, y que la previsión de su art. 4.2 parece encaminada a evitar perturbaciones en la libre fijación de los precios, por lo que *a priori* no parecería correcto un control de los contenidos económicos de una de las prestaciones principales de las partes y la congruencia económica entre prestación y contraprestación. Pero también es cierto que la regla de armonización mínima de la Directiva, prevista en su art. 8, da libertad para la intensificación de la protección al consumidor en el ámbito nacional.

Se ha dicho que es lícito no incorporar el límite del art. 4.2 Directiva 93/13, con el objeto de aumentar la protección de los consumidores<sup>452</sup>, si bien la doctrina mayoritaria sostiene que, en este punto, la Directiva no es de mínimos, porque una cosa es que sea factible una protección superior en un ámbito para el que la Directiva establezca un control, y otra bien distinta que quepa aumentar la protección en un campo que aquella quiere y ordena dejar libre de control, siendo inviable esto último y, por tanto, un control de contenido referido a los elementos esenciales del contrato<sup>453</sup>. Pero aquí empiezan los matices: ¿quedan excluidas *in totum* del ámbito del control de contenido las cláusulas relativas a los elementos esenciales? ¿Debe seguirse en todo caso la máxima de que dichos elementos *ni pueden, ni deben, ni necesitan ser controlados*<sup>454</sup>?

La doctrina española es casi unánime respecto a que, pese a la no transposición del art. 4.2 Directiva 93/13, los Tribunales no pueden hacer, en aplicación de la cláusula general de abusividad (art. 82 TRLCU), un control objetivo de precios<sup>455</sup>, esto es, no podría considerarse abusivo el precio por excesivo o desproporcionado en relación con la contraprestación, estando vedado al juez entrar a cuestionar el cuánto y el cómo del precio (contenido

---

<sup>451</sup> Supone que, en ausencia de efecto directo de una directiva, corresponde a los órganos nacionales interpretar, en la medida de lo posible, las normas nacionales aplicables conforme al espíritu y objetivos de la directiva (LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002, p. 142).

<sup>452</sup> Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en Nieto Carol, U. (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 485 y 486; CÁMARA LAPUENTE, (*op. cit.*, 2006, pp. 58 y 59), quien, no obstante, concluye que sí existe obligación de transponer el deber de transparencia en relación con los elementos esenciales, pues así se extrae de la jurisprudencia del TJ. Partiendo ambos autores de la misma base, esto es, el carácter de mínimos de la Directiva 93/13 respecto al art. 4.2, llegan a conclusiones distintas: CÁMARA (*op. cit.*, pp. 181-183) se decanta por su transposición, DUQUE (*ib.*) aboga por transformar el silencio legal en una norma favorable al consumidor.

<sup>453</sup> MIQUEL, *op. cit.*, 2002a, p. 910.

<sup>454</sup> *Man kann nicht, man darf nicht, man braucht nicht*, como dice la doctrina alemana tradicional.

<sup>455</sup> Como recuerda PERTÍÑEZ VÍLchez, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en AC, n.º 17, 2003, pp. 15-29.

económico del contrato) a estos efectos, el equilibrio objetivamente existente en el contrato de las prestaciones principales, las llamadas *Hauptleistungen*. Pero precisamente por vía interpretativa también puede llegarse a la convicción de que, si los elementos esenciales del contrato han de ser claros y comprensibles, ha de resultar posible enjuiciar si existe transparencia en la descripción de las prestaciones y de su precio (¿qué se le cobra el consumidor y por qué concepto se le cobra?), pues la deficiente información supone terreno abonado para que pueda producirse el abuso. Así, el art. 4.2 de la Directiva no solo excluiría el control de equilibrio objetivo de las prestaciones principales, sino que además contemplaría una obligación de transparencia en la redacción de las cláusulas relativas a los elementos esenciales. Sobre esto caben dos interpretaciones: considerar que dicha obligación es un deber puramente formal de hacer cognoscibles las cláusulas para el adherente mediante una redacción clara y comprensible, o bien entender que existe una relación entre la obligación de transparencia y el control de abusividad de la cláusula.

Según esta última interpretación, el incumplimiento de aquella obligación podría dar lugar a la abusividad de la cláusula si altera el equilibrio subjetivo sobre el precio y el objeto<sup>456</sup>. Así, desde esta perspectiva, el defecto de transparencia podría provocar un desequilibrio entre el bien o servicio que el consumidor está creyendo adquirir y el precio o contraprestación a que está creyendo obligarse, desequilibrio que, en este caso, poseería naturaleza subjetiva; por consiguiente, la norma europea excluiría el control de equilibrio objetivo sobre los elementos esenciales, pero permitiría su control de equilibrio subjetivo a través de la transparencia, ya que, si por un defecto de transparencia en su plasmación documental, no se pueden conocer a primera vista los efectos que la cláusula produce sobre el precio o el objeto del contrato, no habrá sido consentida, sino que será impuesta, pudiendo por tanto ser enjuiciada su eventual abusividad<sup>457</sup>.

Esta tesis toma como referencia la jurisprudencia del BGH sobre el deber de transparencia (*das Transparenzgebot*) en la predisposición de las condiciones generales, que, desde finales de los ochenta, hace derivar la consecuencia de la abusividad de una falta de transparencia de las condiciones que inciden en la determinación del precio y contraprestación, lo que supone la quiebra de

---

<sup>456</sup> PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2004, p. 137.

<sup>457</sup> Aclara PERTÍÑEZ (*ib.*, p. 142) que la falta de transparencia no sería suficiente por sí misma para clasificar una cláusula relativa a las prestaciones principales como abusiva, tampoco el mero desequilibrio material en perjuicio del consumidor, pues aun requiriéndose estas dos condiciones, solo podría considerarse como tal si se tiene en cuenta la función de creación de enunciados normativos de una cláusula general como la del art. 10 bis 1. I LCU (cláusula general de abusividad, hoy en art. 82 TRLCU).

la tradicional distinción entre el control formal y el control de contenido de las condiciones generales, pues, al consentir un control de contenido de las cláusulas relativas a las prestaciones principales cuando no hayan sido redactadas de manera clara y comprensible, el principio de transparencia se situaría por encima de dichas categorías como una regla que aúna el control de claridad y de razonabilidad (de hecho, se ha dicho que la jurisprudencia del *Transparenzgebot* ha tenido su plasmación en el art. 4.2 de la Directiva<sup>458</sup>), introduciéndose así un *tertium genus* denominado «control de transparencia».

Considerar que el deber de transparencia pueda ser empleado como parámetro del control de contenido supone un choque frontal contra la interpretación del inciso final del art. 4.2 Directiva 93/13 según la cual la obligación de transparencia, en relación con las cláusulas relativas a las prestaciones principales, no tendría nexo alguno con el juicio de abusividad. Desde esta posición, se ha argumentado que la obligación de transparencia quedaría satisfecha mediante el control de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC<sup>459</sup>, o bien mediante las reglas generales de Derecho contractual contenidas en el Código Civil<sup>460</sup>. Esto supone excluir, en todo caso, las cláusulas sobre elementos esenciales del control de contenido, bien sea reconociendo, al menos, su sometimiento al control de inclusión, bien sea negando directamente la posibilidad de que puedan estar dentro del ámbito de aplicación de la normativa sobre condiciones generales y cláusulas abusivas<sup>461</sup>.

Frente a estas posiciones se dice que no es conforme a la Directiva afirmar que hay cláusulas incluidas o excluidas *in totum* del ámbito del control de contenido, pues todas las cláusulas serían susceptibles de ser controladas en su contenido; así, el art. 4.2 Directiva 93/13 establecería una línea divisoria entre dos tipos de cláusulas predisuestas: las que son directamente susceptibles de un control de contenido, y aquellas otras (las relativas a los elementos esenciales) cuya declaración de abusividad, aun siendo posible, se

<sup>458</sup> PERTÍÑEZ, *ib.*, pp. 114 y 119.

<sup>459</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 5», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 141 y 250; en la misma obra, BERCOVITZ, «DA 1.ª, 3: Art. 10 bis 1 LGDCU», p. 764.

<sup>460</sup> Como la interpretación *contra proferentem* ex art. 1288 CC. Así, ALFARO, *op. cit.*, 2002, pp. 137; más reciente, «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predisuestas», en Salelles Climent, J. R./Guerrero Lebrón, M. J./Fuentes Devesa, R. (coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Valencia, 2010, p. 229, donde, a pesar de reconocer la corrección de la categoría –deber de transparencia–, y con ello la posibilidad de someter a control de «transparencia» las cláusulas predisuestas sobre elementos esenciales, señala que su necesidad es discutible pues la utilización de las reglas generales de derecho contractual es generalmente suficiente.

<sup>461</sup> Las soluciones propuestas, desde uno u otro entendimiento, para dar satisfacción a la obligación de transparencia del art. 4.2 Directiva 93/13, son insuficientes para PERTÍÑEZ: *vid.* su razonamiento al respecto en *op. cit.*, 2004, pp. 138-142.

hace depender de un defecto de transparencia en su redacción. La consecuencia de incumplir el deber de transparencia del art. 4.2 sería, desde este entendimiento, la extensión del juicio de abusividad a las cláusulas de contenido económico, para lo que se precisaría valorar si la falta de transparencia es instrumental a un desequilibrio de la paridad económica del contrato en perjuicio del consumidor<sup>462</sup>.

Ahora bien, desde una u otra postura se precisaría establecer un criterio de identificación de una cláusula como verdaderamente conformadora de los elementos esenciales del contrato, y si la fijación de dicho criterio dista mucho de ser fácil, como ha reconocido la propia doctrina<sup>463</sup>, ¿cómo podemos esperar una posición uniforme por parte de los Tribunales? En efecto, el debate doctrinal suscitado ante el silencio del legislador español convive con una jurisprudencia titubeante que oscila entre rechazar el control que recaiga sobre cualquier cláusula relativa a los elementos esenciales o excluir dicho control solo cuando estos se regulan estrictamente<sup>464</sup>, aderezado ello con que en la práctica los Tribunales fiscalizan *de facto* los elementos esenciales del contrato, ya directamente (como ocurre en el ámbito del crédito al consumo), ya bajo el expediente de defender que el objeto de control no es la prestación central sino un elemento accesorio en la determinación de la misma<sup>465</sup>.

Un punto de inflexión en esta polémica fue la ya citada Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, a raíz de la cual pareció haberse zanjado la cuestión de si cabe enjuiciar la abusividad de las cláusulas que regulan los elementos esenciales, sobre todo porque el Tribunal Supremo parecía decantarse por tal posibilidad con fundamento precisamente en el fallo del Tribunal de Justicia, por lo menos así fue hasta que nuestro Alto Tribunal diera un cambio de tercio, *prima facie* con la STS 18.6.2012, y decididamente con la STS 9.5.2013. Veamos, en primer lugar, la sentencia del Tribunal de Justicia<sup>466</sup>, y a continuación los pronunciamientos del Tribunal Supremo tras la

---

<sup>462</sup> PERTÍÑEZ, *ib.*, pp. 121 y 141.

<sup>463</sup> PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 287; ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 139; PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2003, p. 27; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, p. 110. Una crítica a la manera de trazar la diferencia entre las cláusulas que regulan las prestaciones principales y las que regulan aspectos secundarios de las prestaciones, a efectos de decidir su sujeción o exención del control de contenido, puede verse en CANARIS, *op. cit.*, 2000, p. 329, y JOOST, D., «Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen», en *ZIP*, 40/1996, pp. 1688-1693.

<sup>464</sup> BLANDINO, *op. cit.*, p. 671. Sobre dicha jurisprudencia *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2006, pp. 127-177.

<sup>465</sup> Como recuerda CARBALLO, *op. cit.*, p. 18. En términos similares, CARRASCO PERERA, A., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en Delgado Echeverría, J. (coord.), *La nulidad de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, 2007, pp. 182.

<sup>466</sup> Lo haremos resumidamente, pues ya tuvimos ocasión de analizarla *in extenso* en «La fiscalización...» (DOMÍNGUEZ ROMERO, *op. cit.*, 2011). Además, en la presente obra ya hemos apuntado algunas

misma, que a la postre han servido para construir (*rectius*, ir construyendo) jurisprudencialmente el «control de transparencia».

C.II) Pronunciamiento del Tribunal de Justicia y ulteriores resoluciones del Tribunal Supremo

Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*

En fecha 10.11.2008 el Tribunal de Justicia recibió una petición de decisión prejudicial, cuyo objeto era la interpretación de los arts. 4.2 y 8 Directiva 93/13, dirigida por nuestro Tribunal Supremo, mediante auto de 20.10.2008, en el marco de un procedimiento entre Caja Madrid y Ausbanc, relativo a la validez de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, introducida por dicha entidad crediticia en los contratos de préstamo a interés variable celebrados con sus clientes y destinados a la adquisición de vivienda<sup>467</sup>. Concretamente, el Tribunal Supremo decidió suspender el curso del recurso de casación, interpuesto por Caja Madrid contra la SAP Madrid 10.10.2002, que había desestimado el recurso de apelación que dicha entidad presentó contra la SJPI n.º 50 Madrid 11.9.2001; planteando al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

1.ª) ¿El art. 8 de la Directiva 93/13 debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el art. 4.2 de la Directiva?

2.ª) ¿El art. 4.2 de la Directiva, puesto en relación con el art. 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a «*la definición del objeto principal del contrato*» o «*a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida*», aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?

---

aportaciones de esta sentencia, como la aclaración sobre la naturaleza jurídica del art. 4.2 Directiva 93/13, o un primer esbozo de los criterios que permiten definir los conceptos recogidos en dicha disposición.

<sup>467</sup> Concretamente, la cláusula predispuesta consistía en que el tipo nominal previsto contractualmente, variable por períodos, de acuerdo con el índice de referencia pactado, debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior.

3.<sup>a</sup>) ¿Sería compatible con los arts. 2, 3.1.g) y 4.1 TCE una interpretación de los arts. 8 y 4.2 Directiva 93/13 que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida?

De las tres cuestiones planteadas por el Tribunal Supremo, las dos primeras recogían, en suma, la polémica existente en España sobre si la Directiva, respecto al art. 4.2, tiene o no carácter de mínimos. Recordemos que la opinión mayoritaria es que su art. 8 no facultaría para adoptar una normativa nacional contraria al art. 4.2, pues esta disposición delimitaría con carácter vinculante el ámbito de aplicación del sistema de protección establecido en la Directiva, excluyendo por tanto cualquier posibilidad de que pueda ser obviada por los Estados miembros.

Lo que aquí estaba en juego era la ampliación del juicio de abusividad a las cláusulas sobre elementos esenciales<sup>468</sup>, ya que si el alcance del art. 8 de la Directiva fuera extensible a todo el ámbito regulado por esta, incluido, por tanto, el art. 4.2, no habría obstáculos para un control judicial de su contenido, con independencia de la mayor o menor transparencia en su redacción, siempre y cuando la normativa nacional permitiera garantizar al consumidor una protección efectiva más elevada que la prevista por la Directiva. Y esto es, precisamente, lo que ocurre en España según entendió el Tribunal de Justicia; de hecho, la interpretación que hace en dicha sentencia respecto de la falta de transposición del art. 4.2, es que *«en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensibile»* (apts. 41 y 42), y, por tanto, *«al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, contenidas en un con-*

---

<sup>468</sup> Si bien Caja Madrid entendía que la cuestión de si un Estado miembro podía apartarse del art. 4.2 era irrelevante en el caso examinado, pues tanto Ausbanc como el JPI n.º 50 y la AP de Madrid, en sus sentencias de primera y segunda instancia, respectivamente, sostenían que la cláusula de redondeo controvertida no se refería al objeto principal del contrato.

*trato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta» (aptdo. 43).*

Con independencia de que se haya criticado al Tribunal de Justicia por interpretar cuál es el Derecho vigente en España<sup>469</sup>, lo que está fuera de toda duda (sin que pueda merecer reproche alguno) es la afirmación hecha por el Tribunal de Justicia respecto a la licitud de socavar el límite del art. 4.2, dado que la posibilidad del controlar las cláusulas ahí previstas garantiza efectivamente un mayor nivel de protección al consumidor<sup>470</sup>; aclarando el Tribunal de Justicia que tal precepto *no puede calificarse de disposición imperativa*<sup>471</sup>, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el art. 8 Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido. Por tanto, concluye el Tribunal de Justicia (aptdo. 44), dando respuesta conjunta a las dos primeras cuestiones planteadas, que los arts. 4.2 y 8 Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que autorice un control de abusividad de las cláusulas sobre elementos esenciales, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

Quedando sentado que el art. 4.2 de la Directiva es una norma de carácter mínimo, todavía faltaba analizar la compatibilidad de un control ampliado con los principios de economía de mercado y libre competencia contemplados por el Derecho primario, ya que sostenía la doctrina mayoritaria que el control de los elementos esenciales no sería posible por incompatible con el TCE y sus fines<sup>472</sup>. Este punto fue examinado por el Tribunal de Justicia al pronunciarse sobre la tercera cuestión planteada por el Tribunal Supremo, aclarando el Tribunal de Justicia (aptdos. 45-49) que una interpretación de los arts. 4.2 y 8 Directiva 93/13, según la cual los Estados miembros pueden adoptar una nor-

---

<sup>469</sup> Así, CÁMARA LAPUENTE, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n.º 6, 2013, pp. 100-103. Señala este autor que, en base al art. 267 TFUE, el TJ carece de competencia para realizar dicha interpretación, y que posiblemente fue el TS quien lo indujo a creer en ese *status* legislativo.

<sup>470</sup> Según TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, pto. 55, las disposiciones nacionales que el legislador español ha puesto en vigor hasta la actualidad para adaptar el Derecho interno a la Directiva 93/13 y que no prevén una exclusión del control de contenido de cláusulas contractuales con arreglo al art. 4.2, deben considerarse disposiciones «más estrictas» en el sentido del art. 8 de la Directiva.

<sup>471</sup> Caja Madrid trajo a colación la STJ 10.5.2001, *Comisión/Países Bajos*, C-144/99 (en adelante, Sentencia *Comisión/Países Bajos*) para defender la imperatividad del art. 4.2 Directiva 93/13, pero el Tribunal de Justicia, en su Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (aptdo. 39), señala que no puede deducirse de aquella sentencia que considerase tal disposición como imperativa y vinculante.

<sup>472</sup> Por todos, MIQUEL, *op. cit.*, 2002a, p. 910.

mativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas sobre elementos esenciales, con independencia de su transparencia, no es incompatible con los arts. 2, 3.1.g) y 4.1 TCE, porque estas disposiciones se limitan a indicar unos objetivos políticos de valor programático, de manera que no pueden imponer por sí mismas obligaciones jurídicas a los Estados miembros<sup>473</sup>.

El mérito que tiene esta sentencia es *autorizar* decididamente un completo control judicial sobre el clausulado nuclear. Y lo hace derribando pilares que sostenían la tesis contraria: de un lado, la supuesta imperatividad del art. 4.2 Directiva 93/13; de otro, la teórica colisión de dicho control con los fines comunitarios. Por ello, aunque el Tribunal de Justicia partiera de la base, errada o no, de que en España (por no transponer aquel precepto) cabe enjuiciar la abusividad del clausulado esencial –de ahí que en su sentencia analice si ello es factible a la luz de la Directiva–, sus conclusiones sobre la *interpretación de los artículos 4.2 y 8 Directiva 93/13* son válidas con independencia de que el silencio legislativo se entendiera en sentido positivo o negativo. Dicho de otro modo: dejaba expedita la vía para que el juez nacional –salvo que el TS o el legislador dijese lo contrario– sancionara como abusiva cualquier cláusula en contrato B2C, y de hecho esto no ha cambiado ni con la STS 9.5.2013 pues, como veremos a continuación, ninguna cláusula, esencial o accesorio, parece escapar a dicho control; lo que ha variado ha sido el criterio del Tribunal Supremo, que ha pasado de indicar, al efecto de valorar su eventual carácter abusivo, la futilidad de distinguir si las cláusulas forman o no parte del núcleo contractual, a matizar que respecto a las esenciales ello pasa por examinar su transparencia.

SSTS posteriores a la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*. La construcción jurisprudencial del «control de transparencia»

En la primera ocasión que tuvo el Tribunal Supremo de afrontar la apreciación de abusividad del clausulado esencial *tras* la Sentencia *Caja de Aho-*

---

<sup>473</sup> En este sentido, respecto a los arts. 2 y 3.1.g) TCE, si cita como ejemplo la STJ 24.1.1991, *Alsthom Atlantique*, C-339/89, aptdos. 9 y 10, y en cuanto al art. 4.1 TCE, la STJ 3.10.2000, *Échirrolles Distribution*, C-9/99, aptdo. 25. Es interesante la alegación de Ausbanc (compartida con los gobiernos alemán y austriaco, como señala TRSTENJAK, *op. cit.*, 2009, pto. 27), al indicar que el modelo económico de libertad de empresa y de libre formación de los precios, de conformidad con los objetivos del art. 2 TCE y con los principios de libre competencia establecidos en los arts. 3.1.g) y 4.1 TCE encuentran sus límites dentro de un Estado social de Derecho en la tutela de determinados intereses generales, entre los que se encuentra la protección de los derechos y de los intereses económicos del consumidor.

*rros y Monte de Piedad de Madrid* se mostró decididamente a su favor. Lo hizo en STS 1.7.2010, al pronunciarse sobre la posibilidad de controlar la abusividad de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, particularmente las cláusulas delimitadoras del riesgo asegurado<sup>474</sup>. Respecto a tal posibilidad, sostuvo el Alto Tribunal que «una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de control del carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España», esto es, nuestro Alto Tribunal declaró abiertamente que sí cabe tal control nacional «ya que: 1) Los límites al control de abusividad impuestos por la Directiva son límites mínimos (...) 2) La norma nacional no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva, y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro», aptdo. 74, con cita expresa a la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*<sup>475</sup>; añadiendo en su aptdo. 75 que la naturaleza de una cláusula –definitoria o no del riesgo, ergo nuclear en el contrato de seguro– «no ha de suponer obstáculo alguno para la intervención del Estado, por medio de los Tribunales de Justicia, en el control del contenido de las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores a fin de examinar tanto de su claridad y comprensibilidad, como del equilibrio de las prestaciones».

A dicha sentencia siguieron otras, relativas a las cláusulas de redondeo, donde el Tribunal Supremo, citando nuevamente la doctrina del Tribunal de Justicia, indicó la irrelevancia de que tales cláusulas formaran o no parte del núcleo contractual, a afectos de valorar su carácter abusivo: SSTS 4.11.2010 (FJ 4.º), 29.12.2010 (FJ 5.º) y 2.3.2011 (FJ 3.º). Parecía, por tanto, que la polémica sobre la posibilidad de enjuiciar la abusividad del clausulado esen-

---

<sup>474</sup> Que el decimonoveno Considerando de la Directiva 93/13 pone como ejemplo paradigmático de cláusula sobre objeto principal del contrato, como apunta CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2013, p. 110, señalando que en esta sentencia no cabe duda de que la cláusula controvertida versa sobre el núcleo contractual, y que en su análisis el TS se decanta claramente por enjuiciar los elementos esenciales mediante el control de contenido con base en la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* y en la falta de transposición (*ib.*, pp. 107 y 108).

<sup>475</sup> Recuerda que en dicha sentencia el Tribunal de Justicia afirma que «no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección» y que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible».

cial había sido por fin zanjada<sup>476</sup>, pero para sorpresa (y alegría de los detractores, tanto doctrinales como empresariales) de los operadores jurídicos nacionales el Alto Tribunal dio pasos en sentido contrario, primero con la STS 18.6.2012, que hizo afirmaciones diametralmente opuestas a las de la STS 1.7.2010 sin motivar el cambio de criterio<sup>477</sup> generando así incertidumbre sobre cuál era el criterio válido –no tanto vinculante<sup>478</sup> ni correcto<sup>479</sup>–, y des-

<sup>476</sup> Así lo entendimos (DOMÍNGUEZ ROMERO, *op. cit.*, 2011) y entendió parte de la doctrina: CASTILLA CUBILLAS, M., «Sobre la abusividad de las cláusulas de «suelo» hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *RAD*, n.º 1/2011, versión electrónica, BIB 2011\289, p. 6, «La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *RAD*, n.º 9/2011, pp. 135 y 136; PERTÍÑEZ, «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *AC-M*, n.º 9/2011, BIB 2011\840, p. 5; BLANDINO, *op. cit.*, p. 673; LYCZKOWSKA, K., «Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato», en *CCJC*, n.º 89, 2012, p. 561; CARRASCO, «El «animus revertendi» de lo banal», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, 2013 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).

<sup>477</sup> Al TS no le vincula sus propios fallos anteriores (ni siquiera su jurisprudencia precedente, si la hubiere), lo cual es predicable de todos los tribunales, pero, por razón del principio de igualdad, afirma el TC, *todo cambio de criterio debe ser motivado*: «...lo único censurable desde la perspectiva constitucional, y en mérito a la igualdad en la aplicación de la Ley [...] es la falta de motivación del cambio decisivo... Por ello [...] se dicte otra en la que se aplique el criterio adoptado en la Sentencia aportada como término de comparación o se justifique debidamente el que se siguió en la que aquí se impugna» (STC 8.3.1999, FJ 5). Vaya por delante que, como seguidamente explicaremos, el criterio contrario al mantenido en STS 1.7.2010 no fue determinante para resolver en 2012, pero como fue el propio TS quien, en sentencia de 9.5.2013, encumbró el criterio de STS 18.6.2012 como «cegador» del anterior, si esto hubiera sido realmente cierto, lo mínimo es que se motivara el cambio, no saltar de uno a otro sin explicación alguna.

<sup>478</sup> Como es sabido, para que la solución plasmada en una STS alcance valor jurisprudencial precisa su reflejo en otra sentencia de la Sala, esto es, hacen falta dos sentencias en la misma línea para sentar jurisprudencia, salvo que la STS se dicte en Pleno. No era lo acontecido entre la STS 1.7.2010 y la STS 18.6.2012, quedando «libres» –en la teoría y en la práctica– los tribunales inferiores para decantarse por uno u otro criterio. Añadir por otra parte que, siendo indudable el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del TS le atribuye el art. 1.6 CC (SSTC 25.4.1994, FJ 1; 25.9.1995, FJ 5; 30.6.2003, FJ 6; y 24.10.2005, FJ 2, por todas), el carácter vinculante de la jurisprudencia se restringe en puridad a las sentencias estimatorias de recurso de casación en interés de ley, cuyo criterio están obligados a seguir los órganos inferiores en grado del orden jurisdiccional de que se trate: la regla general es que, en virtud de la independencia judicial (art. 117.1 CE), los tribunales inferiores pueden discrepar del criterio sostenido por los superiores, incluida la jurisprudencia del TS, bastando para apartarse de aquel con que motiven su criterio –distinto– mediante un razonamiento fundado en Derecho, posibilidad que no vulnera ni el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 17.5.1993, FJ 2; 27.9.1999, FJ 6; y 21.6.2008, FJ 5, por todas), ni tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el TS al resolver el recurso de casación en interés de ley. Pero incluso este supuesto –excepcional– de vinculación a la «doctrina legal correctora» que fije el TS (STC 14.9.1992, FJ 4), no es de aplicación absoluta, porque, como dice la STC 19.3.2012 (FJ 7), «los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos sin más remedio y en todo caso a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta de esa interpretación vinculante del Tribunal Supremo, si estiman que esa interpretación dota al precepto legal de un contenido normativo que pudiera ser contrario a la Constitución».

<sup>479</sup> Como dicen CARRASCO PERERA, A./CORDERO LOBATO, E. («El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n.º 7, 2013, versión electrónica, [www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es), p. 15), «a la luz de unos resultados tan desconectados de lo que

pués con la STS 9.5.2013, donde, al examinar unas cláusulas suelo y afirmar que forman parte del precio<sup>480</sup>, expuso una abigarrada fundamentación de la cual podría extraerse una cosa (no cabe controlar la abusividad del clausulado nuclear, sino su transparencia) o la contraria (cabe dicho control cuando no haya transparencia).

Lo asombroso es que en dicha STS 9.5.2013 se citaran las sentencias antes señaladas, en los siguientes términos (aptdo. 195): «*esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010*». Aquí el Tribunal Supremo hizo un ejercicio de voluntarismo, restándole importancia a la STS 1.7.2010 y dándosela a la de 18.6.2012, cuando resulta que realmente la primera defendió *ratio dicendi* esa posibilidad de control<sup>481</sup>, al partir de la base de que la cláusula controvertida constituía el objeto principal del contrato (como vimos *supra*) y ser decisivo el argumento favorable a su control de abusividad para resolución de motivo casacional (aptdo. 80); mientras que la segunda negó tal posibilidad *obiter dictum*, pues aun partiendo de la misma premisa –cláusula nuclear, interés remuneratorio en este caso– su decisión poco tuvo que ver con tal criterio, ya que este se tornó inocuo al entender el Alto Tribunal que en el caso examinado no era de aplicación la normativa de consumo<sup>482</sup> y, por tanto, no cabría examinar abusividad alguna, con independencia de que fuera o no esencial el clausulado.

---

se espera de un órgano que tiene entre sus funciones crear jurisprudencia, no tiene sentido fundar la corrección de una solución en el número de pronunciamientos en uno u otro sentido», refiriéndose a las SSTS, anteriores a la de 9.5.2013, sobre el enjuiciamiento del clausulado esencial, expuestas por CÁMARA LAPUENTE (*op. cit.*, 2013, pp. 107 y ss.).

<sup>480</sup> «Las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato» (aptdo. 189); «se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial» (aptdo. 190). No comparte esta afirmación CÁMARA LAPUENTE, «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LV, 2015, pp. 560 y 625, bajo el entendimiento de que si este tipo de cláusulas fuesen realmente esenciales, su eliminación supondría la imposible subsistencia del contrato, lo cual no acontece al quedar operativo el interés variable del préstamo.

<sup>481</sup> Frente al carácter de *obiter dictum* que pretende atribuirle la STS 9.5.2013, y que solo sería, si acaso, predicable de las afirmaciones hechas en las citadas SSTS sobre cláusulas de redondeo, de entenderse como no esenciales (sobre lo cual el TS no se pronunció).

<sup>482</sup> Concretamente porque: a) los clientes no justificaron suficientemente su condición de consumidores; b) las cláusulas controvertidas fueron negociadas (STS 18.6.2012, FJ 3.º, 3). Apunta CÁMARA LAPUENTE (*op. cit.*, 2013, p. 111) el «posible» carácter de *obiter dictum* del criterio contrario al juicio de abusividad expuesto por dicha sentencia –por inaplicable *ab initio* la normativa de consumo–; CARRASCO (*op. cit.*, 2013) lo califica tajantemente de «superfluo *dictum*».

Si se pretendía soterrar un cambio de postura, el Tribunal Supremo lo habría hecho de forma acaso poco elegante, pues no parece correcto minusvalorar el criterio mantenido en la STS 1.7.2010 y no es cierto que lo «cegara» la STS 18.6.2012. Se podría haber eludido así la *motivación jurídica del cambio* que constitucionalmente se impone a todo tribunal que se aparte de su criterio precedente<sup>483</sup>.

Frente a la posibilidad de controlar la abusividad del clausulado nuclear, con base en la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* y la falta de transposición del art. 4.2 Directiva 93/13 (STS 1.7.2010), la STS 18.6.2012 negó tal posibilidad respecto a la cláusula de interés remuneratorio examinada en este caso, eludiendo citar tal STJ (no la contrasta, simplemente se obvia) y sosteniendo –ahora– una especie de transposición implícita, que habría tenido lugar, al parecer, al sustituirse la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» *ex primigenio* art. 10.1.c) LCU, por la de «desequilibrio importante de derechos y obligaciones» del entonces novedoso art. 10 bis 1 introducido con la promulgación de la LCGC; cambio de formulación que se habría hecho «*en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido*» (STS 18.6.2012, FJ 2.º, pto. 2). El problema reside en que, al negar *toda* posibilidad de apreciación de abusividad, supestandamente por impedirlo el art. 10 bis 1 LCU –actual art. 82.1 TRLCU, que mantiene esa expresión–, se estaría rebajando el nivel de protección otorgado por la Directiva 93/13, ya que si bien es cierto que su art. 4.2 *in primis* recoge la exención de control de contenido respecto al clausulado nuclear, *in fine* posibilita tal control cuando dicho clausulado carezca de transparencia.

Por tanto, si, según la STS 18.6.2012, el art. 4.2 habría sido transpuesto, se trataría acaso de una incompleta transposición, pues aunque se defendiese que la redacción del art. 10 bis 1 LCU contenía el «espíritu» de la exención de contraste de abusividad, tal precepto no recogía, ni explícita ni tácitamente, salvedad alguna equiparable al art. 4.2 *in fine* Directiva 93/13<sup>484</sup>. Es más, el

---

<sup>483</sup> Imposición que entonces habría obviado, respecto a la STS 1.7.2010, tanto en la STS 18.6.2012 como en la STS 9.5.2013, especialmente en esta última por tener el mismo ponente que aquella y crear *per se* jurisprudencia al haberse dictado en Pleno: conforme al Acuerdo de la Sala 1.ª del TS, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal, de 30.12.2011, una sola sentencia plenaria tiene la consideración de jurisprudencia reiterada.

<sup>484</sup> Apunta ÁLVAREZ OLALLA, M. P. («No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», en *AC-M*, n.º 11/2013, versión electrónica, BIB 2013\468, p. 7) que «*si el régimen de protección del art. 4.2 Directiva 93/13 se puede ampliar, según señala el TJUE (cosa distinta es que nuestro ordenamiento lo haya hecho o no, a pesar de las manifestaciones del citado TJ), lo que no puede hacer el legislador interno es disminuir la protección del mencionado precepto comunitario*»; y CARRASCO PERERA, A./GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. («La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía

Tribunal Supremo no extrae de dicho precepto una eventual apertura del juicio de abusividad al clausulado nuclear por falta de transparencia, sino tan solo la posibilidad de controlar la transparencia de los elementos esenciales con independencia de que el adherente sea o no consumidor, esto es, como un control separado y distinto del propio de la normativa de consumo<sup>485</sup> y, por tanto, sin conexión con la apreciación de abusividad; dice la 18.6.2012 [FJ 2.º, pto. 3.d)] que «*aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1.a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)*».

Como puede verse, la sentencia sitúa la *sedes materiae* de la transparencia en las normas de inclusión de las condiciones generales –más concretamente, en las disposiciones relativas a los denominados requisitos de redacción<sup>486</sup>–, entendiendo por tanto el control de transparencia como exigencia de la normativa de condiciones generales, cuyo ámbito subjetivo se proyectaría sobre cualquier adherente y el objetivo sobre aquellas condiciones generales que afectasen a los elementos básicos del contrato (entendidos desde un punto de vista material, no solo formal *ex* consentimiento, objeto y causa), siendo la consecuencia de no superarlo la nulidad de la cláusula –no por su eventual abusividad, cuya apreciación no se contempla– y, en la medida que afectase al consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), la posible ineficacia del contrato<sup>487</sup>.

En esta primera delimitación del control de transparencia que hace el Alto Tribunal, lo relevante, entendemos, no es tanto el énfasis puesto en su

constitucional de la tutela judicial efectiva», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n.º 7, 2013, p. 148) que si un Estado «*decide transponer la exoneración del control de los elementos esenciales, igual que hace la Directiva, debe, como ésta, permitir sin embargo que sí se controlen cuando no estén redactados de forma clara, pues lo contrario sería una rebaja del nivel de protección otorgado por aquélla*».

<sup>485</sup> Señala PLAZA PENADÉS, J., que la STS 18.6.2012 es la primera sentencia que trató de delimitar modernamente el «control de transparencia» como control separado y distinto del «control de contenido», aun reconociendo que lo hizo como *obiter dictum* («Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *DLL*, n.º 8112, 2013, pp. 12).

<sup>486</sup> Ha sido habitual en la doctrina defender un tratamiento conjunto de los arts. 5 y 7 LCGC y art. 10.1 LCU (actual art. 80.1 TRLCU) como normas contenedoras de los requisitos de incorporación de las condiciones generales, y dentro de ellas, igual tratamiento unitario de los «requisitos de redacción» [arts. 5.5 y 7.b) LCGC y art. 10.1.a) LCU], cuya finalidad sería facilitar al adherente la efectiva posibilidad de conocer las condiciones generales, exigiendo que su texto sea legible y comprensible para aquel; *vid.*, por todos, DURANY PICH, S., «Arts. 5 y 7», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 268 y 269, 315-317.

<sup>487</sup> PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 13.

proyección sobre los elementos esenciales del contrato (que la STS 18.6.2012 identifica con los conceptos *ex art. 4.2 in primis* Directiva 93/13), a diferencia del control de contenido –cuya proyección sobre ellos se niega–, sino *la caracterización de la transparencia como requisito que va más allá de una comprensibilidad formal y gramatical*. La STS 18.6.2012 (FJ 4.º, 3) lo expresa así: «el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, *tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte*».

Ahondando en esta idea, la STS 11.4.2013 (FJ 2.º, 3), tras definir el criterio de transparencia como un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del CC del «error propio» o «error vicio», señala que el control referido a dicho criterio, al proyectarse sobre los elementos esenciales del contrato, *«tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo»*.

Mas donde verdaderamente el Tribunal Supremo ha tratado de concretar (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) el control de transparencia, ha sido en la STS 9.5.2013. En ella, a diferencia de la STS 18.6.2012, dicho control –*stricto sensu*– se sitúa sin ambages en el ámbito de los contratos con consumidores, como añadido al mero control de inclusión –que tiene su proyección natural en la contratación mediante condiciones generales–; de hecho, establece que en dichos contratos existe un «doble filtro de transparencia»: un primer filtro, donde el principio de transparencia se manifiesta en el control de inclusión, concretado en dilucidar (STS 9.5.2013, aptdo. 200) *«si la información que se facilita, y en los términos en los que se facilita, cubre las exigencias positivas de oportunidad real de su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato [art. 7.a) LCGC], y las negativas de no ser ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles»* [art. 7.b) LCGC]; y un segundo filtro, habiéndose superado el primero (transparencia a efectos de incorporación al contrato, tanto B2B como B2C, de las condiciones generales *ex arts. 5.5 y 7 LCGC*; aptdo. 201), donde aquel principio se manifiesta en el control de transparencia propiamente dicho –*segundo control de transparen-*

*cia, control de transparencia cualificado, o de transparencia real*, denominaciones empleadas por la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>–, derivado del TRLCU y enfocado a las cláusulas no negociadas que regulen los elementos esenciales del contrato<sup>488</sup>, control que es «*de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato*» [aptdo. 215.b)], lo que supone examinar si «*la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*» (aptdo. 211).

Por si quedaran dudas sobre cuál es el ámbito del control referido a la transparencia «cualificada», el ATS 3.6.2013, dictado en aclaración de la STS 9.5.2013, dijo que esta sitúa la exigencia de «especial transparencia (...) en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores»<sup>489</sup> (aptdo. 10), el ATS 3.6.2015 afirmaría después que dicha sentencia «*se dictó en el ámbito de la tutela de los consumidores y se aplicaron mecanismos de control de la contratación seriada propios de esa legislación protectora, en concreto, el control de transparencia real*» (FJ 3.º), y por último la STS 367/2016, de 3 de junio, dictada en Pleno –pero contando con voto particular discrepante del Magistrado ORDUÑA MORENO–, terminaría sentando como doctrina que el (segundo) control de transparencia no es extensible a la contratación entre empresarios.

La STS 9.5.2013 diferencia la transparencia *documental* de la cláusula, suficiente a efectos de su incorporación contractual, pero insuficiente para impedir el examen de su contenido, para analizar su abusividad, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparen-

---

<sup>488</sup> La STS 9.5.2013 rompe con la tesis mantenida por la doctrina científica, según la cual los aspectos básicos del negocio (precio y contraprestación) son siempre objeto de negociación, y lo hace refiriéndose a las condiciones generales, que por definición son cláusulas no negociadas: «*El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación*» [aptdo. 144.a)]. Por tanto, el hecho de que una cláusula verse sobre los conceptos *ex art. 4.2 Directiva 93/13* no excluye *per se* su imposición, de hecho puede ser una condición general –o una cláusula particular predispuesta e impuesta– y sometida a control judicial.

<sup>489</sup> Se confirma así el cambio respecto a la STS 18.6.2012, donde, como vimos *supra*, el ámbito objetivo del control de transparencia eran las condiciones generales –referidas a los elementos esenciales– y el subjetivo, por ende, cualquier adherente, fuera o no consumidor; mientras que en la STS 9.5.2013 el ámbito objetivo sería el propio de la Directiva 93/13, reproducido en el TRLCU, esto es, las cláusulas no negociadas individualmente, y por tanto no necesariamente condiciones generales, así como el subjetivo, es decir, consumidores.

te *sustancialmente*<sup>490</sup> [aptdos. 211 y 215.a)]. Esta otra transparencia –real, sustantiva o sustancial– ha de permitir al consumidor conocer con sencillez tanto la «carga económica» del contrato como la «carga jurídica» en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él, según establecía la STS 11.4.2013, lo que recuerda la STS 9.5.2013 (aptdo. 210)<sup>491</sup>, que recoge lo dicho por aquella sin citarla, citando erróneamente en su lugar la de 18.6.2012) que, como hemos visto, adopta un enfoque más económico y añade la necesidad de identificar la cláusula que sea nuclear como tal<sup>492</sup>: para que el consumidor sea consciente de ello no puede estar enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas, máxime cuando los matices introducidos «en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante» (aptdo. 212). Posteriormente, el ya referido ATS de aclaración señaló que el *resultado* buscado con esta exigencia de transparencia cualificada (un consumidor perfectamente informado) puede ser alcanzado por una pluralidad de medios pero advierte que «no puede anudarse de forma au-

---

<sup>490</sup> Aunque la STS 9.5.2013 no señale explícitamente a esta sustancialidad, entendemos que se está refiriendo a ello en su aptdo. 215.a) *in fine*, porque de lo contrario caería en contradicción al afirmar que «el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente». CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (*op. cit.*, p. 147, nota 15) califican de oscuro el planteamiento del problema que el propio TS se crea así mismo al realizar dicha afirmación. Consideramos que esto (derivado de una infortunada redacción del TS, que no hace distinción expresa de los dos tipos de transparencia) solo se salva como hemos apuntado antes.

<sup>491</sup> PERTÍÑEZ («Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *InDret*, 3/2013, p. 18) entiende que la referencia que se hace en este aptdo. a la carga jurídica –cuyo conocimiento sencillo sería exigible, al igual que la carga económica, por la transparencia cualificada– se debe a un «lapsus» de la sentencia. Y lo entiende así porque él distingue las cláusulas de contenido económico, que identifica con el clausulado nuclear, y la de contenido jurídico, que serían el resto (*ib.*, p. 20); de modo que, a su parecer y desde esta distinción, la sentencia parecería indicar que el plus de transparencia es exigible no solo respecto a las cláusulas económicas –esenciales– sino también jurídicas –accesorias–. Pero, como señalan CARRASCO/CORDERO LOBATO (*op. cit.*, p. 15), este patrón de distinción (también visto por CÁMARA LAPUENTE en *op. cit.*, 2006, pp. 98-108) no es adecuado en este caso «ya que, aplicado a la cláusula suelo, el argumento es completamente reversible: puede considerarse que la cláusula tiene contenido económico, por ser uno de los elementos que sirven para calcular la cifra de interés, pero también puede apreciarse su contenido jurídico, para lo que bastará considerar que su finalidad es distribuir entre las partes los riesgos inherentes a la bajada de tipos, que solo beneficiarían al consumidor por encima del suelo pactado».

<sup>492</sup> No bastaría que el consumidor conociera la existencia de la cláusula, tampoco que su ubicación le permita percatarse de su importancia (STS 9.5.2013, aptdo. 218), sería preciso que se le revelara como siendo una cláusula que «define el objeto del contrato», de lo que CARRASCO (*op. cit.*, 2013) extrae, como crítica, que entonces cabría suponer que sería no transparente la cláusula que no delimitara un elemento esencial del contrato pero que el profesional la presentara de tal forma que el consumidor creyera que es un elemento esencial en la determinación del precio.

tomática al cumplimiento de *determinadas fórmulas*, tantas veces convertidas en *formalismos carentes de eficacia real*»<sup>493</sup> (ATS 3.6.2013, aptdo. 13).

El esfuerzo que hace el Tribunal Supremo por delimitar conceptualmente la transparencia real y el control a ella referido queda empañado si tenemos en cuenta, fundamentalmente, lo siguiente:

En primer lugar, la STS 9.5.2013 señala que, *como regla general*, la cláusula definitoria del objeto principal no es susceptible de examen de abusividad, y lo justifica en el art. 4.2 *in primis* Directiva 93/13 (aptdo. 192), entendiendo pues operativa en España la exención de control de contenido allí prevista pero sin aclarar si es en virtud de la supuesta transposición implícita –en su caso incompleta, como explicamos *supra*– que apuntara anteriormente la STS 18.6.2012: pudiera parecer que sí por la cita que hace de ella en el aptdo. 195, pero entonces, es decir, aun suponiendo que ahora el Tribunal Supremo bendijera que el art. 4.2 *in primis* de la Directiva está presente tácitamente en el vigente art. 82.1 TRLCU, restaría por explicar dónde residencia a nivel nacional el *inciso final* de dicho precepto europeo, máxime cuando admite que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal *no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo*» (aptdo. 191) y que la interpretación a contrario sensu del art. 4.2 *in fine* Directiva 93/13 «es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato *se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible*» (aptdo. 207); en otras palabras, aunque parece claro que el Alto Tribunal entiende operativa, como regla, la exención de control de contenido (art. 4.2 *in primis*), y también la excepción a dicha regla (art. 4.2 *in fine*, contrario sensu), no resulta evidente el anclaje nacional de ambas –regla y excepción–, y esta laguna se encuentra lejos de ser colmada siquiera por la referencia que hace la sentencia al art. 80.1 TRLCU, porque este, ya de entrada, no prevé especialidad alguna relativa al clausulado nuclear, que es la clave de aquellas disposiciones europeas.

En segundo lugar, aunque en el art. 80.1 TRLCU difícilmente encontrara acomodo positivo la regla –y su excepción– del art. 4.2 Directiva 93/13, el Tribunal Supremo defiende (aptdo. 210) que en las letras *a*) y *b*) de aquel precepto nacional se residencian las *exigencias de transparencia real*, por contraposición a las «exigencias de transparencia requeridas en el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos» (aptdo. 209), lo cual revela un ejercicio

---

<sup>493</sup> Según CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (*op. cit.*, p. 131 y 132) dicha advertencia la hizo el TS en clara referencia a la normativa sectorial de transparencia vigente, que «al Auto se le antoja generadora de formalismos carentes de eficacia real», que «no impiden la consideración de la cláusula como abusiva».

voluntarista por dos razones: una, habida cuenta que el Alto Tribunal limita aquellas exigencias al clausulado nuclear, es la ya apuntada falta de previsión distintiva *ex art.* 80.1, que, de paso, llevaría a minusvalorar esa transparencia cualificada al hacerla extensiva a todas las cláusulas –no negociadas individualmente– en contrato B2C; y dos, el art. 80.1 recoge unos requisitos coincidentes con los del art. 5.5 LCGC<sup>494</sup> y art. 7.b) LCGC (versión negativa), de modo que si la *sedes materiae* de la transparencia cualificada pretende ser el art. 80.1 TRLCU, estaríamos indiscutiblemente ante la misma sede en que se regulan los requisitos de transparencia simple, con lo cual se da la paradoja de que la cláusula que ha superado el primer filtro de transparencia aún tiene que satisfacer otro estándar –cualificado– que no está formulado en sitio alguno sino en el propio art. 80.1 (como confirma el TS), que *prima facie* ya ha sido cumplimentado por el profesional<sup>495</sup>. Por tanto, se ha de colegir que no existe en el art. 80.1 una exigencia autónoma de transparencia sustancial, ya que ni se restringe al clausulado nuclear, ni aparece como distinta de la requerida en la LCGC, lo cual llevó a parte de la doctrina a sostener que no habría impedimento –antes bien sería preferible– en extender la exigencia de transparencia real a las condiciones generales en contratos entre empresarios<sup>496</sup>.

En tercer lugar, la STS 9.5.2013 es críptica sobre las consecuencias de la falta de transparencia sustancial. Si el control a ella referido se fundamenta en el art. 4.2 *in fine* Directiva 93/13 –esto no lo dice la sentencia, sino el ATS 6.11.2013<sup>497</sup>, sobre incidente de nulidad de aquella–, la consecuencia de no

---

<sup>494</sup> Hasta tal punto es así que, v.g., para PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 14), el TS podría haber argumentado de forma idéntica pero en base al art. 5 LCGC, como hizo en la STS 18.6.2012. Por su parte, señala SÁNCHEZ MARTÍN, C. («El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *DLL*, n.º 8112, 2013, p. 4) que será necesario precisar si el control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la LCGC, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo condiciones generales con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la STS 9.5.2013, se trataría de una *control limitado a los contratos con consumidores*. Añadimos que precisamente esto último es lo que se desprende del ATS 3.6.2013 (aptdo. 10), aclaratorio de dicha sentencia, y del ATS 3.6.2015 (FJ 3.º).

<sup>495</sup> Creándose así una laguna imposible de colmar (CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pp. 134 y 147).

<sup>496</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», en *RCDI*, n.º 748, p. 688; CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2015, p. 606; ORDUÑA MORENO, F. J., en FJ 3.º del voto particular a la STS 367/2016, de 3 de junio (donde el Alto Tribunal sentaría como doctrina la inaplicación del control de transparencia en ámbito B2B). En contra, y desde una posición negativa a incardinar en la LCGC el doble filtro de transparencia *ex STS 9.5.2013*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Buena fe *ex art.* 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», en *Indret*, 4/2016, pp. 9-11.

<sup>497</sup> FJ 4.º, 7: «La cuestión relativa a la existencia de un control de transparencia que se añade al mero control de inclusión ha venido determinada en buena parte por el inciso final de este precepto». Resulta curioso que, mientras el TS *dice* haber construido dicho control en base a tal disposición, PERTÍÑEZ

superarlo tendría que ser, en coherencia con tal disposición, la apertura del juicio de abusividad al clausulado principal. A esto parece proceder la sentencia (como se intuía o advertía con mayor o menor fortuna en los aptdos. 191, 207, 211 y 215.a), tras considerar que las cláusulas analizadas aun observando los requisitos para su incorporación contractual<sup>498</sup> no cumplen las exigencias de transparencia sustantiva (aptos. 223-225), en los FJ 14.º y 15.º: repasa los consabidos requisitos para la calificación de abusividad (resumidos en aptdo. 233) y factores a tener en cuenta en su apreciación (aptos. 235-237), matizados estos últimos al tratarse de una acción colectiva de cesación (aptos. 238 y 246) luego sede de control abstracto, el cual se reconoce como de abusividad –a un «control de abusividad abstracto», adelanta el aptdo. 234, va a responder la decisión del TS<sup>499</sup>–, y a continuación entra a valorar (aptos. 251-264) si las cláusulas examinadas, carentes de claridad sustancial, deben ser o no «consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor», ya que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (aptos. 249 y 250) ni tampoco que tal desequilibrio, de haberlo, sea importante en perjuicio del consumidor (aptdo. 229), descartando así que la no-transparencia sea causa *per se* de abusividad.

Pero finalmente el material suministrado por la sentencia se ciñe a la esfera negativa, eso es, a lo que *no* conlleva la oscuridad sustancial, porque aunque pudiera pensarse, en coherencia con todo lo anterior, que el Tribunal Supremo va a realizar un contraste de abusividad *ex art.* 82.1 TRLCU y que de ello dependerá el resultado del fallo –que de tal contraste resultará, en definitiva, que haya o no abusividad, y consiguiente nulidad y cesación–, lo que hace es negar su ilicitud intrínseca (aptos. 255-262) y, en una suerte de inconcreta-

---

(*op. cit.*, 2013, p. 18) apunte la necesidad de encontrarle un fundamento normativo «toda vez que *ni tan siquiera vale la referencia al art. 4.2 (...)* puesto que la obligación de mera claridad y comprensibilidad ha sido –correctamente– trascendida por la STS 9.5.2013».

<sup>498</sup> Para el TS «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC» (aptdo. 202). Para CARRASCO PERERA/GONZÁLEZ CARRASCO (*op. cit.*, p. 132) la observancia de la normativa sectorial de transparencia (refiriéndose a la Orden Ministerial 5.5.1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios –en adelante, OTPC–) es lo que, paradójicamente, condena al fracaso a las entidades financieras, pues al incluir las cláusulas en la forma exigida por tal normativa «incurren en algunos de los nichos de no-transparencia que delimita el § 225» de la STS 9.5.2013.

<sup>499</sup> «Antes de examinar si las cláusulas son contrarias a la buena fe y si causan desequilibrio importante en perjuicio del consumidor (...), habida cuenta de que *nuestra decisión responde a un control de abusividad abstracto*, aunque tome como punto de referencia las concretas cláusulas utilizadas por las demandadas». Insiste en que, supuestamente, va a llevar a cabo un *control abstracto del carácter abusivo* en aptdo. 246., donde señala que el mismo «no permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente».

da ilicitud extrínseca, pasa a determinar la nulidad (FJ 16.º) *sin explicar cuál es la regla positiva en que se funda para ello*<sup>500</sup>.

Con lo cual parece que aunque la no-transparencia de una cláusula principal llevara a someterla a control de contenido (si es abusivo por desequilibrio censurable conforme al art. 82.1 TRLCU), tal control resultaría inocuo por innecesario<sup>501</sup>, en la medida en que si aquella es ilícita por circunstancias externas (déficit de información transparente<sup>502</sup>) sobraría analizar su eventual ilicitud interna, convirtiéndose así la no-transparencia en *causa autónoma de nulidad que nada tendría que ver con el desequilibrio que comportase la propia cláusula*<sup>503</sup>. En otras palabras, la cláusula sería nula por «oscura»<sup>504</sup>, por

<sup>500</sup> Carencia que, como apuntan CARRASCO/CORDERO LOBATO (*op. cit.*, pp. 17 y 18), ni puede ser subsanada acudiendo al precepto que el TS ofrece como fundamento legal del control de transparencia, esto es, art. 80.1 TRLCU –pues la consecuencia que se deriva de la oscuridad de la cláusula es su no incorporación ex art. 7.b) LCGC, de requisitos coincidentes con aquel–, ni tampoco por otros brindados como justificación de la decisión del TS, como el art. 60 TRLCU (PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2013, p. 18), pues este únicamente regula el contenido de la obligación de informar sin establecer las consecuencias de su contravención.

<sup>501</sup> Cuestión distinta es que el TS se viera obligado a afrontarlo para evitar incurrir en incongruencia omisiva, ya que, al casar la sentencia de la AP, asumió la segunda instancia y con ello la resolución de los recursos de apelación formulados por las entidades demandadas, para lo cual tenía que analizar lo que no había sido valorado por la AP (*vid. aptdos. 181 y 249 STS*): al asumir la instancia como tribunal de apelación, el TS consideró que existían *otras razones* para estimar en parte la demanda, «*que se encontraban presentes tácitamente en la apelación una vez que se consideraron desacertadas las razones [del JM n.º 2 Sevilla] que fundaron la estimación plena de la demanda, y sobre las cuales el Tribunal no podía dejar de pronunciarse pues de hacerlo hubiera incurrido en incongruencia omisiva, ya que habían sido oportunamente planteadas en la demanda y la demandante no podía recurrir en apelación pues su pretensión había sido plenamente estimada en primera instancia* (ATS 6.11.2013, FJ 4.º, 15). La demandante pidió la nulidad alegando la abusividad del clausulado, el TS vino obligado (al rechazar la AP el control del carácter abusivo) a examinarla y como el camino para ello pasaba inevitablemente, al tratarse de clausulado principal, por un previo análisis de su transparencia, resultó que *in itinere* encontró otras razones para declarar la nulidad (con «moderación de los rigorismos procedimentales», según ATS 6.11.2013, FJ 4.º, 2), lo que dio lugar a una estimación parcial de la demanda, por cuanto que el fallo del TS no declara una nulidad en todo caso, como pedía la actora, sino únicamente por falta de transparencia («no se ha dado algo distinto de lo pedido por la parte actora, sino menos de lo solicitado», justifica el ATS 6.11.2013, FJ 4.º, 10).

<sup>502</sup> Dice la sentencia que las cláusulas «son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos» (aptdo. 256) *ergo*, a contrario sensu, serían ilícitas directamente por falta de transparencia, no derivada «de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información» [aptdo. 293.f)].

<sup>503</sup> CARRASCO/CORDERO LOBATO, *op. cit.*, p. 18. Para PLAZA PENADÉS (*op. cit.*, p. 15) el control de contenido actuaría como refuerzo de la consecuencia jurídica que ya deriva de no superar el control de transparencia, cual es el carácter de cláusula ilícita. CAÑIZARES LASO, A., «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *RDC*, vol. II, n.º 3, 2015, pp. 93-94, tras criticar que la sentencia deje sin explicar si la oscuridad sustancial es o no causa automática de nulidad, entiende que la consecuencia de la falta de transparencia no puede ser esa sino «*la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. La razón no es otra que lo que está exento de control de contenido [los elementos esenciales] debe someterse a control de consentimiento y viceversa*».

<sup>504</sup> Aunque la sentencia no diga en qué norma se basa la nulidad (y por ende sin poder descartarse que derive de abusividad, como defiende PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2013, p. 23, si bien reconociendo la ausencia

haberse ocultado al consumidor el real reparto de riesgos (si no por acción, por omisión del profesional), lo cual presupone que lo dispuesto en la cláusula altera el *aparente* reparto, apariencia no achacable a la propia cláusula, transparente documentalmente –pues en caso contrario se entendería no incorporada sin precisar ya ulterior análisis de transparencia cualificada–, sino al profesional que no ha procurado que resplandezca; y si, *además*, se evidencia que tal reparto (real ocultado) es, por mor de la cláusula, inequitativo, dicha cláusula sería a la postre abusiva<sup>505</sup> y por ende, nula por falta de transparencia y *por* abusividad.

Si la contravención a las exigencias de transparencia sustancial no tuviese una sanción propia (sabemos que no es causa *per se* de abusividad, pero *parece* que sí merece reproche directo de nulidad, aunque el TS no especifique su coordenada positiva), el examen a ella referido no sería un control finalista –*rectius*, un auténtico control– sino instrumental de otro (control de abusividad), y entonces el control de transparencia no sería más que una «llave de paso»: si no se supera abre paso a valorar el equilibrio de las cláusulas principales carentes de claridad sustancial, si se supera cierra el paso a dicha valoración; luego tales cláusulas no serían abusivas por dicha carencia sino que *podrían* serlo –en su caso– tras incumplir las exigencias de transparencia cualificada, requeridas

---

de una correcta argumentación en la sentencia que conecte la no-transparencia con el reproche de abusividad), sí advierte que la declaración de nulidad es por falta de transparencia (fallo, pto. 7.º).

<sup>505</sup> Así se deduce, no sin dificultad, de la sentencia: tras afirmar la licitud intrínseca de la cláusula (aptdos. 255-262), observa, en atención al real reparto de riesgos (aptdo. 263), que «en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia [...], en los términos contenidos en las cláusulas transcritas [...], dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja» (aptdo. 264); por tanto, la sentencia, acudiendo al contenido de la cláusula («*lo elevado del suelo* hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo», aptdo. 224), extrae del mismo una distorsión sobre lo que era aparente («de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza», aptdo. 224, insistiendo en ello el aptdo. 264 *in fine*), y, quedando a la luz la realidad, evidencia que existe un reparto de riesgos desequilibrado. Pero de tal desequilibrio no depende el cese de la cláusula, con independencia de que por ello sea abusiva –y deba eliminarse en consecuencia: aptdos. 276.c) y 293.e)–, ya que como reconoce el aptdo. 296, dicho cese se basa en (o como dice el pto. 7.º del fallo, copia de ese aptdo., «declaramos la nulidad de las cláusulas [...] por») falta de transparencia, eso es, en haber incurrido en las circunstancias descritas en el aptdo. 225 [reproducidas en aptdo. 296, b) –f)], añadiéndose otra más [296.a)], cual es «*la creación de la apariencia* de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero», derivada, de nuevo, de la no-transparencia de la cláusula no de esta en sí, pues dicha apariencia no la crea lo dispuesto en la cláusula sino la oferta como interés variable no completada con una información adecuada (aptdo. 218). Esta última circunstancia, unida a lo previsible que para el empresario era la entrada en juego de la cláusula, que convertía el interés variable en mínimo fijo, «constituye uno de los diferentes supuestos de *falta de transparencia y de cláusula abusiva*», según el ATS 3.6.2013 (aptdo. 17), que evidencia un desequilibrio perjudicial para el consumidor pues «la cláusula tiene por finalidad exclusiva proteger los intereses del prestamista» (Auto, aptdo. 18).

para eludir su examen de abusividad. Recordemos que, sin referencia al aquí denominado control de transparencia, sino a la exigencia de transparencia extensiva (formal y material), el criterio del Tribunal de Justicia es que si el juez nacional estima que la cláusula esencial no es transparente, incumbe a tal juez examinar su carácter abusivo conforme a los parámetros y factores de control previstos en los arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva (Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 64).

En nuestra opinión, estas cuestiones distan de haber sido del todo solventadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STS 9.5.2013 hasta ahora acaecida en la materia. Así, la STS 26.5.2014, refiriéndose (FJ 2.º, pto. 5) al presupuesto de comprensibilidad de la reglamentación predispuesta, se limitó a citar las SSTs 18.6.2012, 11.4.2013 y 9.5.2013 como resoluciones en que la Sala 1.ª *«ha profundizado en el significado jurídico del control de transparencia como un plus u obligación que tiene el contratante predisponente en orden a que la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado»*.

A este pasaje –donde se atisban pinceladas, que no cita expresa, de la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*– se refirió la STS 8.9.2014 al tratar (FJ 2.º, pto. 6) la caracterización del control de transparencia<sup>506</sup>, del cual dijo que *«como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y, por extensión, en el desarrollo general del control de inclusión, (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1.a TRLGDCU) queda caracterizado como un control de legalidad en orden*

---

<sup>506</sup> Al igual que ocurriera en la STS 9.5.2013, el TS entró a valorar el control de transparencia, a pesar de que no se instó expresamente su infracción, vía «debida moderación del rigorismo procedimental», por considerar «pertinente su examen a tenor de la demanda de solicitud de declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelo» (STS 8.9.2014, FJ 2.º, 3). Para LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. («La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente», en *DLL*, 31.10.2014, documento online, <http://diariolaley.laley.es>) en esta sentencia, recibida con expectación por ser el primer pronunciamiento del TS sobre la cláusula suelo *impugnada vía acción individual* –frente a la colectiva en cuya sede se movió la STS 9.5.2013–, aquel no vino sino a equiparar esencialmente «su visión de la transparencia tanto en las acciones individuales como en las colectivas».

*a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato, STS de 26 de mayo de 2014» (énfasis nuestro).*

Nótese la identificación que ahí hizo la STS 8.9.2014 del deber de transparencia real con la contratación mediante condiciones generales<sup>507</sup> (¿no sería predicable de las cláusulas de adhesión particular?) y su control como desarrollo del de incorporación (¿acaso no era este el que solo garantizaba la transparencia formal?); no obstante, al referirse al alcance del control de transparencia (FJ 2.º, pto. 8)<sup>508</sup>, concluyó que es «parte integrante del control general de abusividad»<sup>509</sup>, trayendo a colación la interpretación que la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai hizo del art. 4.2 Directiva 93/13, citada con reproducción literal de su aptdo. 75 mas obviando lo dicho en su aptdo. 69, esto es, que la exigencia de transparencia, tal como se enuncia en ese precepto, *tiene el mismo alcance* que la formulada en el art. 5 Directiva 93/13.

Empero, el Alto Tribunal quiso ver en la jurisprudencia europea entonces existente un tratamiento del aquí denominado control de transparencia, al afirmarse en la STS 24.3.2015 (FJ 3.º, pto. 6) que el Tribunal de Justicia «ya ha dictado varias sentencias en las que fija con claridad el alcance del control de

---

<sup>507</sup> Además, FJ 2.º, pto. 7, STS 8.9.2014: «el control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la *comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales* (...) el control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de *comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada*».

<sup>508</sup> Al respecto establece que tal control «no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada. *Este es el alcance que*, en plena armonía con la doctrina jurisprudencial expuesta de esta Sala, *contempla a estos efectos la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, de 30 de abril de 2014*». El problema de la argumentación del TS reside en hablar de *control de transparencia* y, por tanto, yerra al afirmar que el alcance de dicho control es el previsto en la Sentencia Kásler y Káslerné Rábai, pues lo que esta aborda es el alcance de la *exigencia de transparencia*.

<sup>509</sup> Y en el pto. 4 del FJ 2.º señala que el control de transparencia, como «plasmación del principio de transparencia real», va «*implícito en el marco general del control de abusividad*». Aquí el TS reconoce «*la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación*».

*transparencia que resulta de los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE*», cuando la realidad es que ni la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* ni la Sentencia *Matei* (citadas *ib.*, pto. 5) hacen referencia a ese control *sui generis*, sino a la exigencia de transparencia entendida de forma extensiva, sin acotarla al clausulado nuclear<sup>510</sup> ni requerir su identificación como tal. Contrariamente a lo afirmado por el Alto Tribunal –para rebatir el reproche de que con la STS 9.5.2013 realizara una labor de «creación judicial del Derecho» y justificar la improcedencia de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia (*ib.*, pto. 6)–, la Directiva 93/13, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la interpreta, no contemplan más control, exclusivo del ámbito B2C, que el del art. 3 de tal Directiva (identificado tradicionalmente por la doctrina patria como control de contenido) ni una transparencia cualificada para ciertas cláusulas, pues todas, principales y accesorias no negociadas individualmente con consumidores, deben ser transparentes formal y materialmente –a nuestro parecer acertado criterio, porque las accesorias pueden tener una incidencia económica, que, si acaso no tan acusada como en las esenciales, ha de ser comprendida por el consumidor más allá de su intelección gramatical–, de ahí que el Tribunal de Justicia haya puesto el acento en el idéntico alcance de la exigencia de transparencia establecida en los arts. 4.2 y 5 Directiva 93/13<sup>511</sup>.

La STS 24.3.2015 (FJ 3.º, pto. 3) señaló que: i) la transparencia exigible al clausulado nuclear supone que no pueden utilizarse disposiciones que, pese a ser gramaticalmente comprensibles y redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto contractual o del equilibrio

<sup>510</sup> Importante matiz visto por el Magistrado ORDUÑA MORENO en el FJ 3.º del voto particular a la STS 367/2016, de 3 de junio, y CÁMARA LAPUENTE, S., «Control de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», en *Almacén de Derecho*, 27.6.2016 (<http://almacenederecho.org>).

<sup>511</sup> La Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* y la Sentencia *Matei* no fijan, como dijo la STS 24.3.2015, el alcance del control de transparencia, sino el alcance de la exigencia de transparencia –estudio al respecto hecho *supra*, epígrafe 2.4.2. A. II–, que debe entenderse de forma extensiva, esto es, no solo en el plano formal y gramatical sino también respecto al funcionamiento del clausulado y sus eventuales consecuencias económicas para el consumidor, exigible a todas las cláusulas no negociadas en contrato B2C, con el mismo alcance en el art. 5 y en el art. 4.2 Directiva 93/13, aplicándose en cualquier caso, *incluso* (no como un plus excepcional para el clausulado nuclear tal como lo entiende el TS para el segundo filtro de transparencia) cuando una cláusula está comprendida en el art. 4.2 (Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 68-73; Sentencia *Matei*, aptdo. 73 y 74). El control de transparencia formulado por el TS fue acusado, en el incidente de nulidad que siguió a la STS 9.5.2013, de *carecer de anclaje legal*, motivo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva para las promotoras de tal incidente (ATS 6.11.2013, FJ 7.º, 1); la respuesta fue, tras negar la mayor («no puede por esta vía realizarse una revisión de la fundamentación jurídica de la sentencia»), y por tanto ya como *obiter dictum*, poco esclarecedora: «la fundamentación de la sentencia cuya nulidad se pide está basada en normas de Derecho interno y de Derecho comunitario, y en la *jurisprudencia* de este Tribunal y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (ATS 6.11.2013, FJ 7.º, 2).

económico entre precio y prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio; ii) la falta de transparencia conlleva un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor<sup>512</sup>, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra empresa, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados; iii) las condiciones generales que en contrato B2C definen su objeto principal y la relación calidad-precio pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Lo mismo se reprodujo después en STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3 –añadió la necesidad de que tales condiciones sean transparentes «*en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá*»–, citando a continuación (pto. 4) la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* y Sentencia *Van Hove*, que, según el Alto Tribunal, vendrían a confirmar la corrección de lo expuesto.

Pero estas dos últimas sentencias del Tribunal Supremo que comentamos no despejan con solvencia las dudas que antes apuntábamos. En efecto, la simple cita a la STS 9.5.2013 y de esta, a su vez, a la STS 18.6.2012, que hizo la STS 29.4.2015 para justificar que no cabe examinar la abusividad del contenido principal del contrato por el desequilibrio que pueda generar pero sí su transparencia (FFJJ 13.º y 14.º, pto. 3 de ambos), no aportó nada nuevo. En cuanto al fundamento jurídico de dicho control, se resolvió con la mera remisión a la STS 9.5.2013, que, según dijo luego la STS 24.3.2015 (FJ 3.º, pto. 4), basaba la exigencia de transparencia sustancial –y el control a ella referido– en los arts. 80.1 y 82.1 TRLCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 Directiva 93/13, y citaba la Sentencia *RWE Vertrieb*; a ello tan solo añadieron las SSTS de 24 de marzo y 29 de abril de 2015 la cita a las sentencias del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la exigencia –que no del control– de transparencia

---

<sup>512</sup> Aventurada afirmación del TS porque, como vimos *supra* (epígrafe 2.4.2. A. II), la cláusula esencial no sería, por su falta de transparencia, directamente generadora de un desequilibrio abusivo, sino enjuiciable conforme a los parámetros y factores valorativos de los arts. 3.1 y 4.1 Directiva 93/13 (*vid.* Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 64). Por su parte, la doctrina ha señalado la posibilidad de considerar la transparencia como un elemento o criterio independiente integrante del test de abusividad, junto con la buena fe y el equilibrio: cfr. TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 62, y refiriéndose a la Sentencia *Invitel* y Sentencia *RWE Vertrieb*, SCHILLIG, *op. cit.*, 2013, pp. 10 y 114 (*vid. supra* notas 330 y 331).

recaídas en su tiempo, esto es, la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, la Sentencia *Matei*, y la Sentencia *Van Hove*.

Y en cuanto a las consecuencias de no superar ese control, recordemos que la STS 9.5.2013 dijo (apdo. 250) que la falta de transparencia no supone necesariamente que las cláusulas sean desequilibradas; pues bien, para la STS 24.3.2015 (FJ 7.º) «*tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente*», ergo siguió descartándose que la oscuridad sustancial fuera causa *per se* de abusividad, pero se admitió que solo en casos residuales no llevará aparejada un desequilibrio abusivo. Mas frente a esta mera «presunción» de abusividad en esa oscuridad, la STS 29.4.2015, tras exponer que «*las condiciones generales que regulan los elementos esenciales del contrato son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones generales*» (FJ 11.º, pto. 2), consideró que la cláusula enjuiciada no era transparente y afirmó sin ambages que «*por tal razón ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula*» (FJ 14.º, pto. 6), eso sí, se trataba de cláusula suelo, cuya oscuridad nunca es inocua para el consumidor según la STS 24.3.2015 (FJ 7.º, pto. 2); y es que, en palabras del Alto Tribunal, «*en este tipo de cláusulas, por su contenido, hemos entendido que la falta de transparencia provoca «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe*», pues le impide representarse las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable contratado y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado» (STS 25.5.2017, FJ 4.º, pto. 2; doctrina reiterada en STS 8.6.2017, FJ 6.º, pto. 25).

La posterior STS 367/2016, de 3 de junio, consolidó como doctrina, reiterada en SSTS de 18.1.2017 (FJ 5.º), 20.1.2017 (FJ 4.º) y 30.1.2017 (FJ 6.º), la restricción del control de transparencia al ámbito B2C, por negar expresamente su aplicación al B2B. A su vez, la plenaria STS 14.7.2016 restringió tal control al clausulado nuclear, al decir que «*la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato*» y que para el resto de cláusulas «*los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación*» (FJ 2.º, pto. 3), afirmaciones que no parecen compadecerse bien con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual la transparencia exigible en el art. 4.2 –para cláusulas sobre

elementos esenciales— y en el art. 5 —para todas las cláusulas propuestas al consumidor— es la misma en cuanto a su alcance<sup>513</sup>. Y la plenaria STS 9.3.2017, para apoyar la Sala 1.ª la corrección de su propia doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia, citó (FJ 2.º, pto. 3) tanto la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, que habló de ese control pero a resultas de revisar la resolución nacional que lo fundó (la STS 9.5.2013), como la Sentencia *Banco Primus*, citada porque, en palabras del Tribunal Supremo, «*explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia*», efecto cual es enjuiciar la abusividad de la cláusula conforme a los parámetros *ex art. 3.1 Directiva 93/13* —si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio obligacional importante—, y los factores valorativos *ex art. 4.1 Directiva 93/13*<sup>514</sup>, coincidentes con los del art. 82.3 TRLCU.

Como vemos, la construcción por vía jurisprudencial nacional del control de transparencia precisa de ulterior desarrollo<sup>515</sup>. Mientras tanto, la doctrina al respecto emanada de las sentencias de la Sala Primera, ha traído dos consecuencias:

La primera, con la que convenimos por su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (que no coincidencia en la formulación patria de ese control *sui generis*), es la conceptualización de la transparencia como una exigencia que no se puede abordar desde la reducción al redactado externo del texto de una cláusula, sino desde la amplitud de la información facilitada y suministrada al cliente en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas.

La segunda es haber sentado la operatividad en España del art. 4.2 Directiva 93/13 —tanto la regla de exención de control como su excepción—, lo cual

<sup>513</sup> Más discutible son los efectos de su infracción, como señala CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2017a, p. 13.

<sup>514</sup> Esto puede verse con mayor claridad en el aptdo. 64 de la Sentencia *Banco Primus* que en su aptdo. 67, cual es el que prefirió reproducir la STS 9.3.2017. En efecto, si comparamos ambos, vemos que el 67 ordena al juez nacional que considere que la cláusula esencial no es transparente «*examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1*», afirmación más escueta que la hecha en el 64: «*incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia*», aptdos. 58-61 en los que la Sentencia *Banco Primus* repasa la jurisprudencia del TJ sobre la interpretación de los parámetros *ex art. 3.1* y factores valorativos *ex art. 4.1*, ambos de la Directiva.

<sup>515</sup> El propio Magistrado ORDUÑA MORENO, en el voto particular que formuló a la STS 25.3.2015 (y al que se adhirió el Magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ), reconoció que el control de transparencia en las condiciones generales es una figura sujeta a elaboración o desarrollo jurídico. Concretamente en su FJ 1.º, señala que la caracterización y alcance de dicho control en el marco de la doctrina jurisprudencial se está llevando a cabo «*desde una progresiva construcción del fundamento técnico de su respectiva aplicación*».

requiere un ejercicio de fe mientras no se ofrezca un razonamiento más allá de su simple cita (al modo del TS) o se plasme en nuestro ordenamiento, y esto último, ni siquiera después de la STS 9.5.2013, se atisba en el horizonte: la falta de un pronunciamiento legislativo expreso vía Ley 1/2013 pudiera *acaso* excusarse por su coetaneidad<sup>516</sup>, que no es predicable (y por ende inexcusable en base a una cercanía temporal respecto de dicha sentencia) de la Ley 3/2014, que vendría a ser una prueba más del «*error*» –si es que la falta de transposición del art. 4.2 Directiva 93/13 se debió a un despiste de votación en la tramitación parlamentaria que alumbró la LCGC, como dice la doctrina– *que nunca se remedia*<sup>517</sup>. Es más, si llega a cristalizar algún día la PMCC, tendríamos una disposición explícita que salvara del control de contenido el núcleo contractual, esto es, la «regla» de exención, pero sin correlativo reflejo de su «excepción», pues el art. 1262.2 PMCC recoge aquella mas no esta última<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> Téngase en cuenta que entre el dictado de la sentencia y la publicación de la Ley 1/2013 mediaron cinco días, lapso insuficiente en abstracto para suscitar un debate en trámite parlamentario, pero desde marzo ya se conocía *públicamente* el fallo del TS –no su fundamentación–, que fue adelantado por nota de prensa (accesible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), noticias judiciales, 20.3.2013), donde, a falta de redactarse la sentencia, se señalaba que el TS había estimado parcialmente el recurso de casación, declarando nulas las cláusulas controvertidas por falta de transparencia.

<sup>517</sup> Si hubiera existido voluntad política para una traslación legal de la tesis del TS, o su correlativo negativo, inmejorable ocasión para demostrarlo hubo con la Ley 3/2014, que, como ya sabemos, vino a transponer la Directiva 2011/83, cuyo art. 32 –mediante la adición del art. 8 *bis* a la Directiva 93/13– daba expresamente la posibilidad de extender la evaluación de abusividad a «la adecuación del precio o de la remuneración», con tal de que tal extensión nacional se informara oportunamente a la Comisión. Es de justicia mencionar que en la tramitación parlamentaria que alumbraría la Ley 3/2014 se propuso una enmienda, que no prosperó, consistente en introducir un tercer apartado en el art. 1 LCGC, rezando que «*entran dentro del ámbito de aplicación de esta ley las cláusulas relativas a cualquier elemento principal del contrato que suponga una alteración en el precio de la oferta que defraude las expectativas del consumidor sobre el mismo*», y cuya justificación era que «*las propuestas de modificación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en su artículo 1.3 no se refieren a un control de adecuación o equilibrio del precio, si el precio es o no justo. Este control lo es de la estipulación contractual donde recoge el precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar el consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico inicial que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó*» (enmienda n.º 75, Grupo Parlamentario Mixto, en BOE Serie A, n.º 71-2, 11.2.2014, p.56).

<sup>518</sup> Salvo que llegara a modificarse, el art. 1262.2 PMCC reza así: «*el carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa*». Como vemos, *in primis* recoge una formulación de la regla de exención *ex art.* 4.2 Directiva 93/13, pero no la excepción a dicha regla tal como hace el inciso final del precepto europeo (en su lugar, el art. 1262.2 PMCC refleja lo dispuesto en el art. 4.1 de la Directiva), con la consiguiente rebaja del nivel de protección otorgada por aquel.

## CAPÍTULO 3

### CONTROL DE OFICIO. SANCIONES Y CONSECUENCIAS DE LA APRECIACIÓN DE ABUSIVIDAD

#### 3.1 CONTROL DE OFICIO DEL CARÁCTER ABUSIVO

Desde el primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 93/13, este puso las bases de la instauración de un *control de oficio* sobre la abusividad del clausulado predispuesto al consumidor –esto es, fuera de los supuestos en que sea este, como actor, quien inste *ab initio* la declaración del carácter abusivo–, que se ha ido perfilando a medida que se planteaban peticiones de decisión prejudicial por los jueces nacionales, destacadamente los españoles, hasta el punto de que la jurisprudencia europea ha tenido un gran impacto en nuestra legislación, especialmente procesal, por la necesidad de corregir los déficits de protección del consumidor percibidos en ella por el Tribunal de Justicia. Expondremos en primer lugar una visión panorámica del tratamiento dado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a esta cuestión, para a continuación ver su traducción en nuestro ordenamiento. Respecto a las cláusulas de sumisión expresa, sobre las que existen dificultades de aplicación práctica de la jurisprudencia europea, derivadas de la regulación dada por nuestra ley procesal a la competencia territorial, remitimos a su análisis posterior (epígrafe 4.3.1. A).

### 3.1.1 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el examen *ex officio* de las cláusulas abusivas

#### A) DE LA INICIAL ATRIBUCIÓN FACULTATIVA A DEBER JUDICIAL

La inauguración de lo que sería la doctrina europea acerca del control *ex officio* del carácter abusivo coincidió con la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la Directiva 93/13; hablamos del año 2000 y de su Sentencia *Océano Grupo Editorial*<sup>1</sup>, dictada en resolución de cuestión prejudicial planteada por el JPI n.º 35 de Barcelona<sup>2</sup>, preguntando este, en el marco del antiguo juicio de cognición, si el ámbito de protección dispensado por la Directiva *permite* al juez nacional apreciar de oficio la abusividad de una cláusula (en este caso atributiva de competencia) al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda. En dicha sentencia el Tribunal de Justicia declaró por vez primera que el juez nacional *puede* realizar dicho examen de oficio, y lo justificó (aptdos. 26-29) sobre la base de que la situación de desequilibrio existente entre consumidor y profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato<sup>3</sup>, de manera que tal *facultad* constituye un medio idóneo para: a) alcanzar el resultado señalado por el art. 6 Directiva 93/13 –impedir que el consumidor quede vinculado por cláusulas abusivas–, que, de hecho, no podría lograrse, con el consiguiente déficit de protección efectiva del consumidor, si este estuviese obligado a plantear por sí mismo la abusividad del clausulado<sup>4</sup>; b) ayudar a que se

<sup>1</sup> Para un comentario a la misma, con acento en su carácter novedoso, *vid.* PAISANT, G./CARBALLO FIDALGO, M., «Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives», en *JCP. G.*, n.º 15-16, 2001, pp. 768-772.

<sup>2</sup> Mediante autos de 31 de marzo (asuntos C-240/98 y C-241/98) y 1 de abril de 1998 (asuntos C-242/98, C-243/98 y C-244/98). Téngase presente que el litigio tuvo su origen en hechos posteriores a la expiración del plazo transposición de la Directiva 93/13 *sin que ésta se hubiera adaptado a nuestro ordenamiento* (lo cual tendría lugar con la LCGC, de 13.4.1998); no obstante, según la jurisprudencia del TJ, cuando el juez nacional aplique el Derecho interno, *ya sean disposiciones anteriores o posteriores a una Directiva*, debe interpretarlo haciendo todo lo posible para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva en cuestión (Sentencia *Marleasing*, aptdo. 8; Sentencia *Wagner Miret*, aptdo. 20; STJ 14.7.1994, *Faccini Dori*, C-91/92, aptdo. 26; Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32). Como el Derecho nacional vigente en la fecha de los hechos era la LCU en su versión original, el juez debía interpretar sus disposiciones –concretamente, art. 10, aptdos. 1.c) y 4– conforme a la Directiva 93/13 aunque no estuviera aún transpuesta.

<sup>3</sup> Idea después reiterada en las SSTJ 24.1.2002, *Comisión/Italia*, C-372/99, aptdo. 14; 26.10.2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 (en adelante, Sentencia *Mostaza Claro*), aptdo. 31; 6.10.2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08 (en adelante, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*), aptdo. 31; Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 48; Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 41.

<sup>4</sup> Citando la Sentencia *Océano Grupo Editorial*, la Abogada General KOKOTT, J., en *Conclusiones en el Asunto C-32/12, Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S. A., y Automóviles Citroën España, S. A.*, presentadas el 28.2.2013 (ECLI: EU: C:2013:128), concretamente en el pto. 45, razona que la situación de

logre el objetivo contemplado por el art. 7 de la Directiva, pues dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos B2C<sup>5</sup>.

Como diría tiempo después el Tribunal de Justicia (año 2015), a fin de garantizar ese efecto disuasorio, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva no pueden quedar supeditadas a que tal cláusula se aplique o no en la práctica, luego la circunstancia de que no llegara a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo<sup>6</sup>.

La Sentencia *Océano Grupo Editorial* dejó abierta la cuestión del alcance de la doctrina establecida, pues al dictarse en relación a las cláusulas de sumisión expresa (que trataremos *in extenso* en epígrafe 4.3.1), cabía la duda de si aquella era predicable de toda cláusula eventualmente abusiva, incógnita que quedaría despejada dos años después, concretamente en la Sentencia *Cofidis*, a la que seguiría una larga lista de resoluciones acerca del control de oficio sobre cualquier cláusula predispuesta en contrato B2C. Pues bien, la Sentencia *Cofidis* extendió contundentemente la doctrina precedente a toda cláusula, al declarar (aptdo. 38) que se opone a la Directiva una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional –*al expirar un plazo «preclusivo»*<sup>7</sup>– declarar, de oficio o a raíz de una

desequilibrio que se da en el momento de la celebración del contrato solo puede superarse mediante la intervención de un tercero, pues «*por regla general, el consumidor no sabe juzgar si una cláusula es o no abusiva. Si se le exigiera ese conocimiento y se le impusiera la carga de invocar la nulidad de la cláusula, peligraría el cumplimiento de la Directiva 1993/13*».

<sup>5</sup> Argumenta КОКОТТ (*op. cit.*, 2013, pto. 46) que «*La Directiva 1993/13 solo puede cumplir dicha función disuasoria si a las empresas no les «trae cuenta» intentar usar cláusulas abusivas. Una vez más, ello solo puede garantizarse mediante la intervención de un tercero. De lo contrario, al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que el consumidor no fuera consciente de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no los invocara en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera. Por ello, sin intervención de un tercero, el efecto útil de la Directiva 1993/13 sufriría menoscabo*».

<sup>6</sup> Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 47 y 50, en el contexto de una cláusula de vencimiento anticipado de préstamo hipotecario (sobre este tipo de cláusulas remitimos *infra*, epígrafe 4.4.4); doctrina después aplicada respecto a las cláusulas indemnizatorias por la STJ 21.4.2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14 (en adelante, Sentencia *Radlinger y Radlingerová*), aptdo. 101.

<sup>7</sup> La sentencia habla de «preclusión» refiriéndose al plazo de dos años *ex art. L.311-37 C.consom.* (antes de la *Ordonnance* n.º 2016-301 de 14.3.2016 –JORF n.º 0064, 16.3.2016–) para litigar sobre un contrato de crédito al consumo. Dicho plazo a contar desde el hecho que originara la acción, fue cumplido por Cofidis al reclamar los impagos de la línea de crédito concedida al consumidor, pero impedía a este (y por ende teóricamente al juez) invocar la abusividad del clausulado, pues el contrato (y por tanto el hecho generador de acción fundada en una cláusula abusiva) se había celebrado más de dos años antes del inicio del proceso. Lo que se cuestionaba no era tanto la preclusión en sí, pues el TJ ya había declarado que unos plazos preclusivos razonables (respecto a recursos de carácter tributario, STJ 16.12.1976, *Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral*, 33/76, aptdo. 5; responsabilidad indemnizatoria del Estado, STJ 10.7.1997, *Palmi-*

excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato.

Yendo un paso más allá de la *posibilidad* de control *ex officio*, la Sentencia *Mostaza Claro* (2006) identificó tal examen como un *deber* del juez. En esta resolución el Tribunal de Justicia dio respuesta a una cuestión prejudicial planteada por AAP Madrid 15.2.2005, en el marco de un recurso (*rectius*, acción rescisoria) de anulación contra un laudo, interpuesto por consumidor en base a la abusividad del convenio arbitral<sup>8</sup>, que sin embargo no se opuso en el procedimiento de arbitraje, circunstancia que, conforme a la LAr./88<sup>9</sup>, impedía al juez apreciar la nulidad de dicho convenio y por ende anular el laudo. Este caso guardaba cierta analogía con otro sobre el que ya se había pronunciado la STJ 1.7.1999, *Eco Swiss*, C-126/97 (en adelante, Sentencia *Eco Swiss*), donde se planteó la posible anulación de un laudo –por infracción de una disposición de orden público, cual era la comunitaria ex art. 81 TCE–, cuyo examen no cabía conforme a la ley procesal nacional; no obstante lo cual, el Tribunal de Justicia declaró (aptdo. 37) que, en la medida en que un juez nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de las normas europeas de este tipo.

Adelantándose a la consideración del artículo 6 Directiva 93/13 como norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento interno tienen rango de normas de orden público (conforme declararían después la

---

*sani*, C-261/95, aptdo. 28) contribuyen a la seguridad jurídica y son compatibles con el Derecho europeo –doctrina reiterada en STJ 12.2.2008, *Kempter*, C-2/06 (en adelante, Sentencia *Kempter*), aptdo. 58; Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 41; STJ 15.4.2010, *Barth*, C-542/08 (en adelante, Sentencia *Barth*), aptdo. 28; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 69–, sino que la fijación de un límite temporal podría atentar contra la efectividad de la protección pretendida por los arts. 6 y 7 Directiva 93/13 en aquellos procesos, incoados por profesionales, que tuvieran por objeto el cumplimiento de cláusulas abusivas, pues para privar al consumidor del disfrute de tal protección les bastaba a aquellos con esperar a que expirara el plazo legal para solicitar dicho cumplimiento (Sentencia *Cofidis*, aptdo. 35).

<sup>8</sup> Sobre este tipo de cláusulas, el art. 90.1 TRLCU reputa en todo caso abusiva (cláusula negra) «la sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico». Por su parte, la letra q) del Anexo Directiva 93/13 considera indiciariamente abusiva (cláusula gris) la que tenga por objeto o por efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas». Vid. Auto *Sebestyén*.

<sup>9</sup> Ley 36/1988, de Arbitraje, aplicable en ese caso, cuyo art. 23.1 establecía que «la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales». La vigente LAr. (Ley 60/2003) ya no exige que la oposición al arbitraje basada, en particular, en la nulidad del convenio arbitral se formule simultáneamente a la presentación por las partes de sus respectivas alegaciones iniciales.

Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*<sup>10</sup>), el Tribunal de Justicia señaló en la Sentencia *Mostaza Claro* que el art. 6.1 es una *disposición imperativa*<sup>11</sup> que, habida cuenta de la inferioridad de una de las partes contratantes, trata de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre las partes (aptdo. 36)<sup>12</sup>, de manera que la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores justifican que el juez nacional «*deba apreciar de oficio la abusividad del clausulado y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional*» (aptdo. 38). Por ello concluye (aptdo. 39) que cuando el juez estime que el convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, «debe» apreciar la nulidad del convenio y anular el laudo, siendo indiferente su alegación o no por el consumidor.

## B) CONTROL IMPERATIVO Y PRIMER LÍMITE. EXAMEN EN MONITORIO

En el año 2009 se dictaron las ya citadas Sentencia *Pannon GSM* (junio) y Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (octubre). La primera no solo confirmó que el control de oficio es un «deber» judicial sino que además acentuó su carácter *imperativo*<sup>13</sup>; así, la Sentencia *Pannon GSM* advierte (aptdo. 32) que el papel que el Derecho europeo atribuye al juez nacional – esto es, garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva 93/13, conforme dijo la Sentencia *Mostaza Claro* en sus aptdos. 36 y 38– *no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre el carácter even-*

<sup>10</sup> Aptdo. 52; doctrina después reiterada en los ya citados Auto *Pohotovost'* (aptdo. 50) y Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, añadiendo esta última (aptdo. 44) que tal calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el art. 6; así como posteriormente en la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 54, y la Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 42.

<sup>11</sup> Si partimos de que toda norma de orden público es imperativa, pero no toda norma imperativa es de orden público (sobre ello *vid.* CUENCA ANTOLÍN, D., «El orden público y la justicia contractual», en PRATS ALBENTOSA, L. –coord.–, *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. II, Valencia, 1996, p. 619 y los autores allí citados), la Sentencia *Mostaza Claro* habría adelantado el carácter de norma de orden público del art. 6 que después afirmaría expresamente la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, en el sentido de que el orden público, nacional o europeo, siempre se refleja en normas imperativas.

<sup>12</sup> Doctrina reiterada en Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 25; Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 30; Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 47; Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 63; STJ 17.7.2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14 (en adelante, Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*), aptdo. 23; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 55; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 41.

<sup>13</sup> La Sentencia *Pannon GSM* fue citada por la STS 1.7.2010 (recordemos, la primera del Tribunal Supremo que, tras la Sentencia *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, se pronunció sobre la posibilidad de controlar la abusividad del clausulado nuclear) en su aptdo. 71, precisamente para justificar el carácter imperativo del control de oficio sobre el eventual carácter abusivo.

*tualmente abusivo*, sino que impone su control de oficio tan pronto como dicho juez «disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello»<sup>14</sup>, y dado que la cláusula cuestionada era atributiva de competencia, cierra diciendo «incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial». Ahora bien, como contrapeso, la Sentencia *Pannon GSM* introdujo el primer límite al control *ex officio*: la oposición del propio consumidor a sus efectos<sup>15</sup>.

Esta obligación del juez nacional se reiteró en la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, dictada en respuesta a cuestión prejudicial planteada por AJPI n.º 4 Bilbao 29.1.2008 en sede de ejecución de un laudo arbitral. En este caso, al igual que ocurriera con el que dio lugar a la Sentencia *Mostaza Claro*, la abusividad iba referida a la *cláusula compromisoria*, pero aquí, a diferencia de aquel, el laudo fue dictado sin comparecencia del consumidor y adquirió firmeza ante la pasividad de este, al no ejercitar acción dirigida a impugnarlo. La cuestión era si, ante la inexistencia en la LEC de una disposición relativa a la apreciación de abusividad de cláusulas arbitrales por el juez que conoce de la ejecución de un laudo arbitral firme, la necesidad de restablecer la igualdad entre las partes (reemplazando el equilibrio formal por el real) obligaba o no al juez a brindar una «protección absoluta al consumidor», es decir, aun cuando este no hubiese ejercitado acción alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Doctrina reiterada en Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 42 y 43; STJ 21.2.2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11 (en adelante, Sentencia *Banif Plus Bank*), aptdo. 22; Sentencia *Aziz*, aptdo. 46; Sentencia *Barclays Bank*, aptdo. 34; Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdo. 24; STJ 1.10.2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 58; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 43. Refiriéndose a este pasaje de la Sentencia *Pannon GSM*, el Abogado General M. SZPUNAR pondría después de manifiesto en el pto. 46 de sus *Conclusiones en el Asunto C-421/14, Banco Primus, S. A. contra Jesús Gutiérrez García*, presentadas el 2.2.2016 (ECLI: EU: C:2016:69), la evolución de la jurisprudencia europea respecto al control de oficio en el ámbito de protección de los consumidores: «*el Tribunal de Justicia ha transformado la facultad del juez nacional para controlar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en una obligación que incumbe a este último*». En la STJ 28.7.2016, *Tomášová*, C-168/15 (en adelante, Sentencia *Tomášová*), aptdos. 30 y 33, el TJ dijo que fue en la Sentencia *Pannon GSM* donde por primera vez indicó claramente la obligatoriedad del control de oficio, y por tanto un juez nacional que antes de esta sentencia se abstuviera de examinar *ex officio* el carácter abusivo, a pesar de disponer de los elementos fácticos y jurídicos para ello, no habría inobservado la jurisprudencia del TJ en esta materia ni cometido, por ende, una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

<sup>15</sup> Señala el aptdo. 33 que, a la hora de cumplir dicha obligación, el juez nacional no tiene «*el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*». Ergo la tutela del consumidor no puede imponerse contra su voluntad (GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», en *REDUE*, n.º 26, 1/2014, p. 323).

<sup>16</sup> *Vid.* Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 26 y 34.

El Tribunal de Justicia ya había declarado, por una parte, que el Derecho de la UE no obliga a un juez nacional a dejar de aplicar las normas internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución (respecto al laudo el art. 43 LAr.<sup>17</sup> le otorga tal fuerza y el art. 517.2.2.º LEC carácter ejecutivo), aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición europea<sup>18</sup>; por otra, que aunque el sistema de aplicación del principio de cosa juzgada se rija –a falta de normativa europea en la materia– por el ordenamiento jurídico nacional, este no debe ser menos favorable que la normativa correspondiente a reclamaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*) y no debe estar articulado de tal manera que haga imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico europeo (*principio de efectividad*)<sup>19</sup>.

Con tales antecedentes, la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* entró a valorar si nuestras normas, en este caso, respetaban dichos principios, entendiéndose que así era respecto al de efectividad<sup>20</sup>, y en cuanto al de equivalencia remitió al juez nacional la comprobación de si el ordenamiento interno le *permitía* apreciar de oficio, en sede ejecutiva, la contrariedad de la cláusula con las normas nacionales de orden público, pues la obligación de controlar de oficio le incumbe en tanto disponga internamente de una mera facultad para

<sup>17</sup> Hasta 2011 establecía que «el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes»; tras la reforma operada por Ley 11/2011, de 20 de mayo, el art. 43 LAr. dispone que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

<sup>18</sup> Sentencia *Eco Swiss*, aptdos. 47 y 48; STJ 16.3.2006, *Kapferer*, C-234/04 (en adelante, Sentencia *Kapferer*), aptdo. 21; STJ 3.9.2009, *Fallimento Olimpclub*, C-2/08 (en adelante, Sentencia *Fallimento Olimpclub*), aptdo. 23. Doctrina reproducida por Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 37, y más tarde por Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 68.

<sup>19</sup> SSTJ 14.12.1995, *Peterbroeck*, C-312/93 (en adelante, Sentencia *Peterbroeck*), aptdo. 12; 16.5.2000, *Preston y otros*, C-78/98, aptdo. 31 (y resoluciones ahí citadas); Sentencia *Kapferer*, aptdo. 22; Sentencia *Fallimento Olimpclub*, aptdo. 24.

<sup>20</sup> Aptdo. 48. Considera el TJ que el plazo de dos meses para ejercitar la acción de anulación del laudo (art. 41.4 LAr.) es razonable, pues dicho plazo comienza a contar *desde su notificación*, de manera que en la ulterior ejecución el consumidor no puede encontrarse en la circunstancia de que el plazo de prescripción empiece a correr, o incluso haya expirado, sin haber tenido siquiera conocimiento de los efectos que la cláusula arbitral abusiva ha podido generar para él, por tanto tal plazo no imposibilita ni dificulta excesivamente en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores (aptos. 42, 45 y 46). Entiende el TJ que el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta el extremo de exigir al juez nacional que deba no solo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos (como en el asunto visto por Sentencia *Mostaza Claro*), sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor que, como en este caso, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió anulación del laudo que, en consecuencia, pasó a ser firme (aptdo. 47).

hacerlo<sup>21</sup>, y de ser así, dada la igual naturaleza de norma de orden público del art. 6 Directiva 93/13 (aptdo. 52), estaría obligado, al conocer de una demanda de ejecución de laudo arbitral, a examinar de oficio el carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje, tan pronto como dispusiera de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (aptdo. 59).

Tras dictarse la Sentencia *Pannon GSM*, el Tribunal de Justicia procedió a resolver una petición de decisión prejudicial que, siendo recibida antes de la que dio lugar a dicha sentencia, había quedado suspendido su procedimiento ante el Tribunal de Justicia a la espera de que aquella se fallase. Así, el 9.11.2010, más de dos años después de recibirse tal petición, se dictó por fin la Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, en la que se terminó respondiendo a cuestiones planteadas con carácter complementario, precisamente a la luz de lo sentado por la Sentencia *Pannon GSM*<sup>22</sup>. Y es que el tribunal remitente advirtió que quedaba la duda de si el examen imperativo también implicaba la obligación de acordar prueba de oficio para determinar los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la apreciación de abusividad, aun cuando, conforme a la normativa procesal nacional, las pruebas solo pudieran practicarse a instancia de parte<sup>23</sup>. A esta cuestión dio respuesta la Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, señalando (aptdo. 56) que al juez le incumbe, cuando se interroga sobre la abusividad de una cláusula, indagar en búsqueda de los elementos que le permitieran entrar a valorarla, acordando de oficio diligencias de prueba, y de encontrar dichos elementos, apreciar *ex officio* su carácter eventualmente abusivo.

Recogiendo el testigo de la Sentencia *Pannon GSM*, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* y Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, el Tribunal de Justicia fue un paso más allá, examinando en su Sentencia *Banco Español de Crédito* (2012), una cuestión planteada por AAP Barcelona 29.11.2010: ¿es factible un control *ex officio* fuera de un procedimiento declarativo, cuya apertura solo

---

<sup>21</sup> Así lo entiende la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 54, en relación con la Sentencia *Kempter*, aptdo. 45. Aunque el Gobierno español adujera que el juez que conoce de la ejecución de un laudo es «competente» (nótese que no habla de obligatoriedad) para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato B2C por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales de orden público, el Tribunal de Justicia advierte que corresponde al juez remitente comprobar si así ocurre en el litigio del que conoce (Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 55 y 56).

<sup>22</sup> En fecha 7.4.2008 se recibió en el TJ la petición de decisión prejudicial que daría origen al asunto C-137/08, cuyo procedimiento suspendió aquel mediante decisión de 13.2.2009, a la espera de que se dictara la Sentencia *Pannon GSM* (cuya génesis fue una petición recibida el 2.6.2008), lo que aconteció en junio de 2009. Tras ello, el tribunal remitente comunicó al TJ que ya no consideraba necesario que respondiera a las dos primeras cuestiones prejudiciales planteadas, pero sí la tercera de ellas, añadiendo tres nuevas al conocer lo dispuesto por aquella sentencia (*vid.* Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdos. 20-25). La que ahora nos interesa, y analizamos, es la tercera de las complementarias.

<sup>23</sup> Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdos. 24 y 25,3).

está prevista en caso de oposición del deudor? Se trataba de una cuestión relativa al proceso monitorio<sup>24</sup>, en el que el juez nacional declaró de oficio y *ab initio* la nulidad por abusiva de una cláusula de intereses moratorios.

Sabido es que, en el sistema procesal español, la competencia del juez en sede de monitorio se ceñía a comprobar los requisitos formales para iniciarlo, en cuyo caso daba curso favorable a la demanda y requería de pago al deudor (atribuciones que, desde la reforma operada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, corresponden al Secretario judicial<sup>25</sup>, denominado «Letrado de la Administración de Justicia» a raíz de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio<sup>26</sup>), sin poder examinar –*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento– la procedencia de la demanda a la luz de los datos de que dispusiera, salvo en el supuesto de que el deudor se negara a pagar la deuda o formulara oposición, esto es, de abrirse el subsiguiente proceso declarativo. En este contexto, si la deuda reclamada por monitorio procedía de un contrato B2C y el deudor (consumidor) no se opusiera, el juez se veía impedido, por el juego de los arts. 815.1 y 818.1 LEC, para examinar de oficio la abusividad del clausulado, aun cuando ya dispusiera de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios al efecto; existiendo el riesgo de que el consumidor dejase pasar el plazo para oponerse, bien porque ignorara sus derechos o no percibiese cabalmente la amplitud de los mismos, bien porque los gastos que acarreamos el ejercicio de una acción judicial le disuadieran de defenderlos (Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 26; Sentencia *Cofidis*, aptdos. 34 y 35; Sentencia *Mostaza Claro*, aptdo. 28; Auto *Pohotovost*, aptdo. 42).

Esta situación particular de nuestro ordenamiento fue analizada, y puesta en entredicho, por la referida Sentencia *Banco Español de Crédito*. Aquí, al igual que hiciera en la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, el Tribunal de

<sup>24</sup> En la Sentencia *VB Pénzügyi Lízing* se analizaron las responsabilidades que, en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13, incumben al juez nacional en el marco de un procedimiento contradictorio iniciado a raíz de la oposición formulada por un consumidor contra una demanda de monitorio, pero lo que ahora se cuestionaba era qué responsabilidades existen en el marco de un proceso monitorio *antes de que el consumidor formulara oposición*, la cual abriría, en su caso, el contradictorio.

<sup>25</sup> De reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE n.º 266, de 4.11.2009), que trajo consigo nuevas atribuciones a los secretarios judiciales, de modo que, junto a las genuinas de impulso procesal, se añadieron otras que les permitieran adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional, como, por ejemplo, la que con anterioridad a dicha ley se encomendaba al juez, que conocía de una demanda en proceso monitorio, de realizar un examen formal de los documentos iniciales aportados y ulterior requerimiento de pago al deudor, según redacción del art. 815.1 LEC previa a la Ley 13/2009.

<sup>26</sup> *Por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE n.º 174, de 22.7.2015) (en adelante, LO 7/2015). El cambio de nomenclatura, operado básicamente por art. 56 –que modifica el art. 440 LOPJ–, pretende dar respuesta a una demanda histórica del Cuerpo de Secretarios, que consideraba que esta denominación conducía a equívocos sobre la función realmente desempeñada (Preámbulo, IX).

Justicia examinó si la normativa interna controvertida respetaba los principios de equivalencia y efectividad<sup>27</sup>: respecto al primero, no se suscitaron dudas en cuanto a su conformidad<sup>28</sup>, pero hubo certeza de que nuestro régimen procesal en sede de monitorio podía menoscabar la *efectividad* de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, pues al diferir sin excepción el análisis de fondo del clausulado a la iniciativa del deudor mediante la oportuna oposición, existiendo el riesgo de que no se hiciera y ello fuera aprovechado por el profesional<sup>29</sup>, imposibilitaría o haría excesivamente difícil, en los litigios promovidos por profesionales contra deudores consumidores, aplicar dicha protección a estos últimos. En la medida en que esto era así, impidiendo el control de oficio en proceso monitorio, la Sentencia *Banco Español de Crédito* declaró (aptds. 56 y 57) que la normativa española controvertida no resultaba conforme con el principio de efectividad y vulneraba el sistema establecido por la Directiva.

Por si fuera poco, el Tribunal de Justicia volvió a reprobar la normativa nacional sobre proceso monitorio, esta vez desde la perspectiva de la ulterior ejecución, en STJ 18.2.2016, *Finanmadrid EFC*, C-49/14 (en adelante, Sen-

---

<sup>27</sup> Declara el TJ que «al no existir armonización de los mecanismos nacionales de cobro de créditos no impugnados, las normas de aplicación de los procesos monitorios nacionales corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, pero siempre que tales normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad)»; Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 46.

<sup>28</sup> El TJ lo explica así: «consta en autos que *el sistema procesal español no solo no permite al juez nacional que conoce de una demanda en un proceso monitorio examinar de oficio (...) el carácter abusivo con arreglo al artículo 6 de la Directiva (...), cuando éste [el consumidor] no haya formulado oposición, sino que tampoco le permite pronunciarse sobre si tal cláusula [contenida en contrato B2C] resulta contraria a las normas nacionales de orden público, lo cual incumbe verificar, no obstante, al tribunal nacional*» (cursiva y corchetes –y su contenido– nuestros). Esto es, el principio de equivalencia no se respetaría en caso de que nuestra normativa sí permitiera controlar de oficio, en monitorio, la contrariedad de una cláusula a las normas internas de orden público y sin embargo no permitiera hacerlo respecto a la abusividad (pues el art. 6 Directiva es norma europea de orden público); por tanto, nuestras normas procesales en este marco respetarían dicho principio por demérito, es decir, *por no permitir ni una cosa ni otra*, sobre lo cual el TJ conviene por defecto, pues «no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida», de hecho nótese la remisión que hace al juez nacional para «verificar» dicha conformidad (*vid.* Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 47 y 48).

<sup>29</sup> Las circunstancias por las que existe un riesgo nada desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida son, además de las que apuntamos antes, estas otras relacionadas con el monitorio: el plazo particularmente breve previsto para plantearla, la eventual escasa cuantía de la deuda litigiosa (en comparación con los gastos judiciales), y el contenido limitado de la demanda (*ergo* carácter incompleto de la información de que disponen). Por tanto, bastaría con que los profesionales demandaran por monitorio y en vez de reclamar por vía de juicio ordinario para privar a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 54 y 55).

tencia *Finanmadrid EFC*), que resolvió la petición de decisión prejudicial hecha por el JPI n.º 5 de Cartagena, vía Auto de 23.1.2014, previa a la entrada en vigor de la *Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*<sup>30</sup> (en adelante, *Ley 42/2015*). Planteaba el Juzgado remitente la posible incompatibilidad de la regulación procesal sobre monitorio ya que, al no prever entonces un control de oficio en tal sede –lo cual ya mereció el reproche de la Sentencia *Banco Español de Crédito*–, el proceso monitorio podría terminar, ante la desatención del requerimiento de pago o falta de oposición, por decreto del Secretario judicial, *título ejecutivo con fuerza de cosa juzgada* que, por tanto, impediría al Juez, en el subsiguiente proceso ejecutivo, examinar de oficio las cláusulas abusivas que pudieran existir en el contrato base del monitorio.

Tras declarar la Sentencia *Finanmadrid EFC* que un régimen procesal como el nuestro podía menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, pues tal protección efectiva solo puede garantizarse en caso de que el sistema procesal nacional permita, en el marco del proceso monitorio o en el del ulterior ejecutivo, un control de oficio del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de que se trate (aptdo. 46), analizó la conformidad con el principio de efectividad del sistema de aplicación del principio de cosa juzgada previsto por el Derecho español en el marco del proceso monitorio (aptdos. 50-53), concluyendo que no resultaba conforme en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados por profesionales contra consumidores, aplicar esa protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos<sup>31</sup>, y por tanto que tal Directiva se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución posterior al monitorio apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato B2C, cuando la autoridad que conoció de la petición de monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación (aptdos. 54 y 55).

<sup>30</sup> BOE n.º 239, de 6.10.2015. Como después veremos (*vid. infra*, epígrafe 3.1.2. A) no fue hasta entonces cuando se materializó la necesaria modificación de la normativa procesal referente al proceso monitorio, para adecuarla al control de oficio en dicha sede.

<sup>31</sup> Siguió aquí el TJ la opinión del Abogado General M. SZPUNAR expresada en el pto. 75 de sus *Conclusiones en el Asunto C-49/14, Finanmadrid EFC, S. A., contra Jesús Vicente Albán Zambrano et al.*, presentadas el 11.11.2015 (ECLI: EU: C:2015:746). No recogió el TJ en su Sentencia *Finanmadrid EFC* lo manifestado por SZPUNAR (ib. pto. 76), quien yendo un paso más allá señaló que en la ejecución posterior al monitorio concluido sin atender el consumidor el requerimiento de pago, debería el juez, a fin de velar por la protección efectiva de los derechos derivados de la Directiva 93/13, dejar de aplicar la norma del Derecho nacional que atribuye fuerza de cosa juzgada al decreto del secretario judicial que, careciendo de facultades de control, pone fin al monitorio en esas circunstancias.

C) DEBATE CONTRADICTORIO (SEGUNDO LÍMITE) Y CONTROL EN APELACIÓN

Habiendo sentado el carácter *imperativo* del control de oficio<sup>32</sup> (mismo carácter reconocido al art. 6.1 Directiva 93/13, norma equivalente a las de orden público nacionales<sup>33</sup>) y la exigencia de que las normativas internas lo posibilitem<sup>34</sup>, pues las características específicas de los procedimientos judiciales nacionales no pueden constituir un elemento que desvirtúe la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva<sup>35</sup>; el Tribunal de Justicia introdujo, en su Sentencia *Banif Plus Bank* (2013, ya citada), un segundo límite a dicho control, cual es la necesidad de contradicción tras comprobar de oficio la abusividad.

Si ya quedó establecida la obligación del juez de informar al consumidor tras ello, a fin de que este manifestara su eventual intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula (primer límite, Sentencia *Pannon GSM*); ahora el Tribunal de Justicia afirma que el juez está obligado, al apreciar de oficio el carácter abusivo<sup>36</sup>, a informar de ello a las partes –consumidor y profesional– y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales<sup>37</sup>. Trayendo a colación su doctrina sobre el respeto al principio de contradicción que pesa sobre el juez europeo<sup>38</sup>, el Tribunal de Justicia la extiende al juez nacional en el marco del

<sup>32</sup> Doctrina *Pannon GSM*, ampliada, en cuanto a la determinación de oficio de los elementos fácticos y jurídicos que permitan apreciar la abusividad *ex officio*, por la Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*.

<sup>33</sup> Sentencia *Mostaza Claro* y Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, respectivamente.

<sup>34</sup> En cuanto a plazos, Sentencia *Cofidis*; en recurso de anulación de laudo arbitral, Sentencia *Mostaza Claro*; en ejecución de laudo, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*; en proceso monitorio, Sentencia *Banco Español de Crédito*.

<sup>35</sup> Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 34.

<sup>36</sup> Conforme a la doctrina *Pannon GSM* y *VB Pénzügyi Lízing*, esto es, sobre la base de los elementos fácticos y jurídicos de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto.

<sup>37</sup> Señala la Sentencia *Banif Plus Bank* que el deber de informar a las partes y ofrecerles la posibilidad de expresar su opinión sobre la eventual constatación de abusividad, es una obligación que, «por regla general», pesa sobre el juez nacional, para a continuación indicar que la norma interna controvertida (Hungría) prevé tal deber cuando el juez compruebe de oficio un motivo de nulidad (aptos. 31 y 32).

<sup>38</sup> La STJ 2.12.2009, *Comisión/Irlanda y otros*, C-89/08 (en adelante, Sentencia *Comisión/Irlanda y otros*), ya estableció (aptos. 54-56) que el juez comunitario debe respetar el principio de contradicción, particularmente cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio (por analogía SSTEDH 18.12.2003, *Skondrianos c. Grecia*, 63000/00, 74291/01 y 74292/01, aptos. 29 y 30; 13.10.2005, *Clinique des Acacias y otros c. Francia*, 65399/01, 65406/01, 65405/01 y 65407/01, aptdo. 38; 16.2.2006, *Prikyan y Angelova c. Bulgaria*, 19009/04, aptdo. 42), que dicho principio no solo confiere a cada parte el derecho de conocer y discutir los documentos y observaciones presentados por la parte contraria, sino que también implica el derecho de ambas a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales este tiene intención de fundamentar su decisión, pues para cumplir los requisitos vinculados al derecho a un proceso equitativo procede que las partes tengan conocimiento y puedan debatir de forma contradictoria los elementos fácticos y jurídicos decisivos para la resolución del procedimiento.

control de oficio de la abusividad de una cláusula contractual, entendiendo que el ofrecimiento a ambas partes de expresar su opinión sobre ese extremo también obedece al deber que igualmente incumbe al juez nacional de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta su disconformidad a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula<sup>39</sup>.

El juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración solicitando su anulación<sup>40</sup>. Ahora bien, al aplicar el Derecho de la Unión, debe observar las exigencias de una tutela judicial efectiva reconocida en el art. 47 CDFUE, y entre dichas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del *derecho de defensa*<sup>41</sup>. Este tiene que garantizarse a la otra parte, el profesional, lo cual implica que ha de ser informado, al igual que el consumidor, de la abusividad apreciada de oficio, a fin de que *ambos* puedan expresar su opinión (con debate contradictorio salvo eventual aquietamiento del consumidor a la cláusula cuestionada), sin que ello menoscabe la *efectividad* de la protección que confiere la Directiva 93/13<sup>42</sup>.

La necesidad de someter a debate contradictorio el carácter abusivo apreciado *ex officio* alcanza incluso a la *segunda instancia*, pues en ella también es predicable el control de oficio, como han declarado la Sentencia *Jörös* y la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (ambas de fecha 30.5.2013, ya citadas). En el caso examinado por la primera se daba la circunstancia de que el tribunal de apelación remitente cuestionaba la abusividad del clausulado

<sup>39</sup> Sentencia *Banif Plus Bank*, aptdos. 29, 30 y 35.

<sup>40</sup> Sentencia *Banif Plus Bank*, apto. 28; Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 50; STJ 30.5.2013, *Jörös*, C-397/11 (en adelante, Sentencia *Jörös*), aptdo. 42; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 59. El juez puede anular la cláusula sin petición de parte pero, sin embargo, no puede hacerlo *inaudita parte*: vid. Sentencia *Banif Plus Bank*, aptdo. 36.

<sup>41</sup> Sentencia *Comisión/Irlanda y otros*, aptdo. 50. La STJ 6.11.2012, *Otis y otros*, C-199/11 (en adelante, Sentencia *Otis y otros*) señaló que el principio de tutela judicial efectiva recogido en el art. 47 CDFUE consta de diversos aspectos, entre los que se incluyen el derecho de defensa, el principio de igualdad de armas, el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a ser asesorado, defendido y representado (aptdo. 48).

<sup>42</sup> La Sentencia *Peterbroeck* (aptdo. 14) ya declaró que cuando se cuestione si una disposición nacional imposibilita o hace excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse el lugar que aquella ocupa dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales, tomando en consideración los principios en que se basa el sistema nacional, tales como la *protección del derecho de defensa*, la seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. En esta doctrina (reiterada por Sentencia *Fallimento Olimpiclub*, aptdo. 27; Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 39; Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 49; STJ 5.12.2013, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, C-413/12, aptdo. 34) se basa la Sentencia *Banif Plus Bank* para decir –aptdo. 33– que la obligación informativa y debate contradictorio no puede considerarse *per se* incompatible con el principio de efectividad que rige la aplicación nacional de los derechos que confiere el ordenamiento de la UE.

controvertido, que no había sido objeto de debate en primera instancia por falta de invocación del consumidor, quien había solicitado –sin éxito– su invalidez por otras causas<sup>43</sup>, sobre las que insistía en apelación, *ergo* tampoco se alegó la abusividad en segunda instancia, lo que supondría un obstáculo para la declaración como tal por el tribunal *ad quem*.

La Sentencia *Jörös*, tras recordar que la regulación de los procedimientos de apelación, en defecto de normativa europea sobre ello, corresponde a los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos, advirtió no obstante que la regulación nacional en esa materia tendría que respetar los principios de efectividad y equivalencia. En cuanto a este último, señaló el Tribunal de Justicia que de tal principio se deduce que cuando el juez nacional que resuelve en apelación está facultado u obligado a apreciar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las reglas internas de orden público, aunque esa disconformidad no se haya suscitado en primera instancia, también debe ejercer esa competencia para apreciar *ex officio*, a la luz de los criterios de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de tal Directiva. Y en lo que atañe al principio de efectividad, declaró el Tribunal de Justicia, recordando su doctrina *Peterbroeck*<sup>44</sup>, que el juez nacional está obligado a interpretar y aplicar, *en cuanto sea posible*, todas las disposiciones internas relacionadas, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos protegidos por el ordenamiento europeo, de manera que si del sistema jurisdiccional nacional resulta que el tribunal *ad quem* es competente, cuando disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios, para apreciar, bien sea de oficio o bien recalificando el fundamento jurídico de la demanda, la existencia de cualquier causa de nulidad que derive claramente de esos elementos, dicho tribunal tendrá que apreciar el carácter abusivo del clausulado controvertido aun cuando la parte litigante, que podría haber alegado esta causa de nulidad, no lo hubiera invocado<sup>45</sup>.

Por su parte, la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, con la misma argumentación respecto al principio de equivalencia<sup>46</sup>, analizando una situación nacional conforme a la cual el tribunal de apelación solo puede pro-

---

<sup>43</sup> Concretamente alegó que, conforme al Derecho húngaro, las estipulaciones controvertidas eran usurarias, contrarias a las buenas costumbres y simuladas, siendo desestimado por el juez *a quo* al entender que la actora no había conseguido acreditar tales caracteres (Sentencia *Jörös*, aptdos. 19 y 20).

<sup>44</sup> Según la cual, como vimos *supra*, ante la duda de si una disposición procesal interna resulta conforme con el principio de efectividad, hay que analizar el lugar que ocupa dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de este *ante las diversas instancias nacionales*.

<sup>45</sup> Sentencia *Jörös*, aptdos. 29, 30, 32, 35 y 38.

<sup>46</sup> Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdos. 45 y 46, que de hecho se citan en la Sentencia *Jörös* (aptdo. 30).

nunciarse sobre los motivos que las partes hayan alegado en apoyo de sus pretensiones iniciales y fundamentar su decisión en ellos, pero que es competente, no obstante, para apreciar de oficio las disposiciones pertinentes de orden público aunque las partes no las hayan invocado (aptdos. 14 y 37), declara el Tribunal de Justicia que el órgano *ad quem* también deberá ejercer esa competencia para examinar de oficio, conforme los criterios enunciados por la Directiva 93/13, la abusividad de la cláusula en cuestión, y a anularla si así procediera, *tras haber ofrecido a las partes la posibilidad de un debate contradictorio* (aptdo. 53).

#### D) EXAMEN EN SEDE EJECUTIVA

Respecto a la ejecución ordinaria, remitimos a lo expuesto *anteriormente* sobre la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*. En cuanto a la ejecución hipotecaria, entre la Sentencia *Banif Plus Bank* y las SSTJ de 30.5.2013 –Sentencia *Jörös* y Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*–, el Tribunal de Justicia dictó la ya citada Sentencia *Aziz*<sup>47</sup> (marzo 2013), en respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por AJM n.º 3 Barcelona 19.7.2011 en el marco de un proceso declarativo vinculado a un procedimiento de ejecución hipotecaria, dirigido este último contra la vivienda que garantizaba el préstamo y que terminó con su adjudicación por el prestamista. El prestatario-consumidor, que no se personó en el ejecutivo (ni opuso por ende motivo alguno contra la ejecución despachada), presentó ulterior demanda de juicio ordinario instando la nulidad de una cláusula<sup>48</sup> inserta en la escritura de préstamo, solicitando que se dejara sin efecto y, por tanto, que el procedimiento de ejecución hipotecaria fuera nulo. Hay que tener en cuenta que la petición al Tribunal de Justicia no se planteó por el juez que conocía del proceso ejecutivo, único a quien se le podría haber presentado la disyuntiva de apreciar, de oficio o a instancia de parte, el eventual carácter abusivo en sede de ejecución hipotecaria, problemática derivada de que en ella no contemplaba entonces la LEC ni una cosa ni otra; de ahí que la Sentencia *Aziz* no llegara a pronunciarse sobre

<sup>47</sup> Que vamos a comentar, resumidamente, por constituir el fundamento que después llevaría al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el control de oficio en sede de ejecución hipotecaria, según reconocería el propio TJ. Para un análisis *in extenso* de la Sentencia *Aziz* remitimos a otro lugar: DOMÍNGUEZ ROMERO, J./INFANTE RUIZ, F. J., «Foreclosure System in Spain. About the Judgment of the European Court of Justice, 1st Chamber, 14 March 2013 (C-415/11)», en *GPR*, 6/2013, pp. 347-354.

<sup>48</sup> Alegó el consumidor que el criterio de liquidación de la deuda pendiente, vinculado a la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo y cálculo de los intereses ordinarios y moratorios pactados, era nulo por vulnerar las normas referidas a las condiciones generales de la contratación.

las posibilidades de examen en dicha sede, esto es, si legalmente debería incluirse la abusividad como causa de oposición o si la doctrina de la Sentencia *Banco Español de Crédito*, sobre el control de oficio en monitorio, debiera entenderse aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria.

Lo que hizo el Tribunal de Justicia fue, tras constatar la inexistencia de tal motivo de oposición entre los admitidos en el art. 695 LEC, analizar las *posibilidades que tenía el consumidor de obtener protección jurídica* (frente a la ejecución despachada en base a un título que pudiera contener cláusulas abusivas) *cuando menos a través del proceso declarativo* –en cuya sede sí se planteó la cuestión prejudicial–, al que remitía el art. 698 LEC para efectuar dicha alegación (o cualquier otra no incluida en el art. 695); y al realizar tal análisis observó que, conforme a este precepto, el juez que conociera del declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo del clausulado, no estaba facultado ni para suspender la ejecución<sup>49</sup> mientras comprobara dicho carácter, ni para acordar la nulidad de lo allí actuado en caso de que estimase dicha abusividad, conllevando la pérdida irreversible de la vivienda hipotecada<sup>50</sup>, ante lo cual solo cabría al consumidor reclamar daños y perjuicios<sup>51</sup>. De ahí que la Sentencia *Aziz* concluyera (aptdos. 59, 63 y 64) que un régimen procesal de este tipo, que no prevé la opción de oponer frente a la ejecución la abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo que subyace a la hipoteca, ni permitir al juez del declarativo adoptar medidas cautelares necesarias para garantizar la plena eficacia de su decisión final<sup>52</sup>, hace imposible o excesivamente difícil

---

<sup>49</sup> Lo cual, dicho sea de paso, tampoco podría hacer el juez del proceso ejecutivo, al no incluirse la eventual abusividad del clausulado como causa de oposición a la ejecución despachada.

<sup>50</sup> Salvo que el consumidor realizara una anotación preventiva de la demanda de nulidad con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (según resulta del art. 131 de la *Ley Hipotecaria*, en adelante *LH*), supuesto que según la Sentencia *Aziz* (aptdo. 58) debe considerarse residual, pues existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos.

<sup>51</sup> Como ya advirtiera KOKOTT (*op. cit.*, 2012, pto. 50) el consumidor no tendría opción de impedir la subasta y consiguiente pérdida de su vivienda, que debe soportar con independencia de que pudiera articular una eventual –si el juez del declarativo estimase su demanda– acción indemnizatoria, única protección (*a posteriori*) que, para la Sentencia *Aziz* (aptdos. 60 y 61), resulta incompleta e insuficiente, no constituyendo un medio adecuado para evitar dicha pérdida ni eficaz para que cese el uso de cláusulas abusivas, en contra de lo establecido en el art. 7.1 Directiva 93/13. Así pues, basta con que los profesionales acudan a la ejecución hipotecaria para privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva (Sentencia *Aziz*, aptdo. 62).

<sup>52</sup> La STJ 13.3.2007, *Unibet*, C-432/05, ya declaró (aptdo. 77) que el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento de la UE exige que, con arreglo al Derecho nacional, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el juez competente se pronuncie sobre la conformidad de las normas nacionales de que se trate con el Derecho europeo, cuando dichas medidas sean necesarias para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos.

aplicar la protección que confiere la Directiva 93/13, y por tanto no se ajusta al principio de efectividad y resulta contrario a tal Directiva.

Ahora bien, aunque la Sentencia *Aziz* no llegara a declarar cuál debía ser el alcance de la intervención del juez que, en sede de ejecución hipotecaria, tuviera que disponer el despacho de ejecución, instado contra un consumidor, cuando se cuestionara sobre la abusividad de una cláusula que resultase imprescindible para abrir al profesional esta privilegiada vía ejecutiva; la constante cita que por dicha resolución se hacía a la Sentencia *Banco Español de Crédito* podía interpretarse como una extensión implícita de su doctrina a la ejecución hipotecaria<sup>53</sup> y, por tanto, que también el juez que sustancia la ejecución debiera examinar de oficio la validez de las cláusulas que pudieran tener repercusiones en aquella, por constituir el fundamento del título ejecutivo.

Despejando toda duda, el Tribunal de Justicia se pronunció expresamente sobre el particular al plantearsele –esta vez sí– por tribunal que conoce de un ejecutivo hipotecario el alcance del control de oficio en esta sede: primero, por el JPII n.º 1 Catarroja (auto 15.11.2012), y después por el JPI n.º 17 Palma de Mallorca (auto 26.2.2013), en los asuntos (acumulados) C-537/12 y C-116/13, respectivamente, que dieron lugar al Auto *Banco Popular Español* y *Banco de Valencia*, en el que el Tribunal de Justicia señaló que la respuesta a los órganos remitentes se deducía claramente de su jurisprudencia<sup>54</sup> (aptdos. 38-44, citando la Sentencia *Banco Español de Crédito* y la Sentencia *Aziz*), declarando ahora expresamente que la normativa española de ejecución hipotecaria, al no permitir al juez que conoce de la ejecución examinar de oficio –o a instancia del consumidor– el carácter abusivo de una cláusula, contenida en el contrato del que se deriva la deuda reclamada y que sirve de fundamento al título ejecutivo, menoscaba la *efectividad* de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13, resultando así vulnerada (aptdos. 59 y 60).

### 3.1.2 Traslación nacional de la jurisprudencia europea

Después de analizar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia hasta ahora sobre el examen de oficio del carácter abusivo, podemos sintetizar su doc-

<sup>53</sup> En este sentido, HUALDE MANSO, T., «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», en *AC-M*, n.º 2/2013, versión electrónica (BIB 2013\904), p. 9.

<sup>54</sup> Por eso, de hecho, la resolución no adoptó en este caso la forma de sentencia, ya que, según el art. 99 RPTJ, cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el TJ ya hubiera resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pudiera deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando dicha respuesta no suscitara ninguna duda razonable, el TJ *resolverá mediante auto motivado*.

trina diciendo que –sin perjuicio de que la protección del consumidor no llegue al extremo de obligar al juez a suplir una pasividad absoluta de aquel ante plazos preclusivos razonables para recurrir, ni a dejar de aplicar normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada<sup>55</sup> salvo que el Derecho nacional le confiera esa facultad a fin de subsanar la infracción de normas internas de orden público<sup>56</sup>– tal control no se somete a límites procedimentales ni temporales susceptibles de menoscabar la efectividad de la Directiva 93/13<sup>57</sup>, pero sí está sujeto a la eventual oposición del consumidor a los efectos de ese control y al derecho de defensa del profesional ante dicha apreciación judicial. De manera que, si bien un juez nacional debe poder comprobar *ex officio* la abusividad (obligado está tan pronto como disponga de elementos fácticos y jurídicos para ello, incluso hallándolos también de oficio) con independencia del proceso o fase en que se suscite, ya sea primera o segunda instancia, y extraer sin petición de parte las consecuencias de esa comprobación, no puede sin embargo dictarlas *inaudita parte*, pues ha de dar traslado a las partes a fin de que expresen su opinión, con debate contradictorio sobre la abusividad apreciada de oficio salvo aquietamiento del consumidor a la cláusula en cuestión.

Hemos visto que el Tribunal de Justicia declaró la incompatibilidad de nuestro ordenamiento con dicha doctrina jurisprudencial europea –y su oposición a la Directiva 93/13, señaladamente art. 6, fundamento de aquella– en sede procesal de monitorio y ejecución hipotecaria (título no judicial). Respecto al régimen español de ejecución ordinaria, el Tribunal de Justicia lo analizó cuando el título que se ejecutaba era un laudo arbitral (que sin ser título judicial recibe un trato procesal asimilado), y, sin llegar a reprocharlo, remitió al juez nacional la comprobación de que en tal marco fuese posible apreciar de oficio la contrariedad de una cláusula –en este caso arbitral– con las normas nacionales de orden público<sup>58</sup>, pues en tal caso deberá igualmente evaluar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula, comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, a la luz de los criterios enunciados en la misma<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 37, 41 y 47; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdos. 68 y 69.

<sup>56</sup> Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 47, con cita en este sentido a la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 53.

<sup>57</sup> Sentencia *Cofidis*, aptdos. 35-37.

<sup>58</sup> Si ello fuera posible nuestro sistema no merecería reproche pues, dada la igual naturaleza de norma de orden público del art. 6 Directiva 93/13, bastaría que el juez dispusiera legalmente de una mera facultad –de controlar *ex officio* el clausulado contrario a normas internas de orden público– para que pudiera, y de hecho debiera, examinar de oficio la abusividad en sede de ejecución ordinaria.

<sup>59</sup> Así lo entendió el TJ cuando se le preguntó si, a la luz de su jurisprudencia sobre el art. 6 Directiva 93/13, esta se ha de interpretar en el sentido de que debe atribuirse a las normas para su transposición en el Derecho nacional el trato procesal reservado a las normas de orden público en el ordenamiento jurí-

¿Cómo fue la *actuación del legislador español* ante las carencias de protección del consumidor percibidas por el Tribunal de Justicia en nuestra normativa procesal? *Rápida pero deficiente en sede ejecutiva*, hasta el punto de que, como vamos a ver, la modificación operada por la citada Ley 1/2013<sup>60</sup> suscitó, entre otras cosas, una problemática inédita hasta entonces, relacionada con la *apelación*, que mereció nuevo reproche de dicho Tribunal; y *tardía en sede de monitorio*.

## A) MONITORIO

En 2013, un año después de la Sentencia *Banco Español de Crédito*, se anunció una modificación del proceso monitorio mediante un Anteproyecto de Ley de reforma de la LEC<sup>61</sup>, en cuya Exposición de Motivos (IV) constaba que, para dar cumplimiento a dicha sentencia, se introduciría un nuevo aptdo. 4 al art. 815 LEC<sup>62</sup>, y con él «*un trámite que permitirá al Secretario judicial, en la admisión de los procesos monitorios que se dirijan contra consumidores, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas, a fin de dar cuenta al Juez para que, previa audiencia de las partes, resuelva lo procedente como exige la normativa europea*». A los pocos días de publicarse, se dictó Acuerdo del Tribunal Supremo, concretamente el 8.5.2013, que recogía las conclusio-

---

dico interno, de modo que el juez nacional esté obligado a examinar de oficio el carácter abusivo en su caso de una cláusula contractual, y a anularla si así procediera (Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdos. 35 y 53).

<sup>60</sup> Respecto del proceso ejecutivo a fin de que, de oficio a instancia de parte, el juez competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo. Con esta reforma, de 14.5.2013, se adelantó la adaptación de la LEC al pronunciamiento que el TJ haría el 14.11.2013 (Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia*, que reprochó esa falla de la normativa procesal), porque el legislador entendió que a ello ya obligada la Sentencia *Aziz*, de hecho el Preámbulo de la Ley 1/2013 dice que «*dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*».

<sup>61</sup> Anuncio que se produjo vía nota de prensa del Consejo de Ministros de 3.5.2013 ([www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros)), donde se informaba que el Ejecutivo daba el visto bueno al Anteproyecto (accesible en [www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)), mediante el cual se pretendía incrementar la capacidad de postulación de los procuradores, modificar el juicio verbal y el proceso monitorio.

<sup>62</sup> El aptdo. 44 del Artículo Único del Anteproyecto, contemplaba la siguiente redacción del art. 815.4 LEC: «*Si el Secretario Judicial, tratándose de una reclamación de deuda fundada en un contrato entre un profesional y un consumidor, apreciase el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible, dará cuenta al Tribunal quien, en su caso, oirá a las partes por cinco días, resolviendo lo procedente mediante auto dentro de los cinco siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador*». Con un pfo. segundo: «*De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto se que dicte, que será directamente apelable, determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia dela pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas*».

nes de una jornada celebrada en esa fecha –y por tanto con la Sentencia *Aziz* ya sobre la mesa–, organizada por el CGPJ (y dirigida por el Presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS) para analizar las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria; de suerte que la conclusión 11 rezaba así: «*en el proceso monitorio, sin perjuicio de las competencias del Secretario Judicial, corresponde al juez el examen del carácter abusivo de una cláusula incluida en el documento que sustente la reclamación del crédito. Este examen se realizará en la fase de admisión de la solicitud. Si el juez considera que la cláusula puede ser abusiva lo pondrá en conocimiento del solicitante, especificando la cláusula afectada y le concederá un plazo de cinco días para formular alegaciones. Si como consecuencia de la apreciación de la cláusula abusiva procediera la reclamación por una cantidad inferior a la inicial, se procederá conforme establece el artículo 815.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

Esta fórmula (*rectius*, criterio orientador<sup>63</sup>) difería de la regulación propuesta por el Anteproyecto, cuyo planteado art. 815.4 hacía recaer en el secretario una valoración *in limine litis* del documento en que se fundara la petición de monitorio (necesariamente reclamación sustentada en contrato B2C), pero no de carácter formal, como prevé el art. 815.1 LEC, sino material<sup>64</sup>, ya que tal examen iba dirigido a apreciar «*el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible*», en cuyo caso daría cuenta al juez para que este, a su vez, diera audiencia «*a las partes*» por cinco días, resolviendo por auto, que de estimar la abusividad acordaría «*bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas*».

Se infiere, por tanto, que ambas soluciones perseguían no solo posibilitar un control de oficio del carácter abusivo en monitorio, sino también cumplir con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia sobre la necesaria información a las partes de la abusividad apreciada de oficio<sup>65</sup>. No obstante, ni una ni otra nos parecen, en cuanto a esto último, del todo satisfactorias: la expuesta

<sup>63</sup> Como consta en el Acta de Sesiones de la jornada (accesible en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)), esta «tuvo como finalidad hacer unas reflexiones para fijar *criterios* en la materia que puedan servir a cada tribunal, sin perjuicio de su independencia e imparcialidad, *como orientación en el ejercicio de su función*».

<sup>64</sup> Con atribución, por tanto, de facultades que excedían de lo que venía siendo objeto de su competencia, como apunta BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», en *DLL*, 30.7.2013, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).

<sup>65</sup> Se buscara o no dicho cumplimiento, téngase presente que para entonces ya se habían dictado la Sentencia *Pannon GSM* y la Sentencia *Banif Plus Bank*, que aunque no referidas a nuestro ordenamiento, sentaron esa obligación informativa como deber que incumbe al juez que aprecie de oficio el carácter abusivo del clausulado.

en el Acuerdo del Tribunal Supremo contemplaba la audiencia al profesional pero no al consumidor (deudor), quien por ende no podría discutir –en caso de prosperar la alegación del otro requerida por el juez en fase de admisión– sobre abusividad alguna en sede de monitorio (art. 818 LEC); por su parte, el art. 815.4 LEC del Anteproyecto sí preveía el debate de las partes, que, a riesgo de desnaturalizar el proceso monitorio, cumpliría con el límite al control de oficio marcado por el Tribunal de Justicia (respeto al principio de contradicción), pero dicho incidente *previo* al requerimiento *ex* art. 815.1 LEC restringía la actuación del deudor a opinar sobre la cláusula cuestionada –trámite para el que «*no será preceptiva la intervención ni de Abogado ni de Procurador*», según el propuesto aptdo. 4, obviando la complejidad que pudiera suscitar tal debate, y dejando en el aire, al ser facultativa la postulación, la asistencia jurídica gratuita de tales profesionales<sup>66</sup>–, cuando lo razonable sería, aunque fuera en aras de la economía procesal, que pudiera alegar otra razón contra la reclamación, no para discutirla en ese trámite (su análisis iría diferido a ulterior proceso declarativo) salvo que se tratara de la eventual existencia de otra cláusula abusiva no detectada *prima facie* de oficio.

La pretendida reforma del proceso monitorio quedó aparcada, hasta que en 2015 se aprobara por la Comisión de Justicia del Congreso, con competencia legislativa plena, el «Proyecto de Ley de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»<sup>67</sup> (en adelante, PLRLEC), que luego se materializó en la ya citada Ley 42/2015. La intención del legislador se dirigía a cumplir en sede de monitorio con las exigencias europeas, según rezaba el PLRLEC citando expresamente la Sentencia *Banco Español de Crédito*, y de forma idéntica consta en la Ley 42/2015 (aptdo. V del Preámbulo de ambos textos, de igual redacción), razón por la cual «*se introduce en el artículo 815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un nuevo apartado 4, un trámite que permitirá al juez, previamente a que el secretario judicial acuerde realizar el requerimiento, controlar la eventual existencia de cláusulas abusivas en los contratos en los que se basen los procedimientos monitorios que se dirijan*

---

<sup>66</sup> La defensa y representación gratuitas por abogado y procurador forman parte, como regla, de las prestaciones del derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuando su intervención sea legalmente preceptiva (art. 6.3 Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), *ergo* el consumidor que, careciendo de medios económicos, pretenda ir asesorado a la audiencia en que se vaya a discutir el carácter abusivo, solo podrá hacerlo con Ltdo. del turno de oficio cuando sea expresamente requerido por el juez para garantizar la igualdad de las partes en el proceso (excepción que contempla el citado art. 6.3); esto es, la designación de oficio quedaría condicionada a que el reclamante en el monitorio –empresario– contara con defensa jurídica y el juez requiriese la intervención gratuita para el deudor –consumidor– por auto motivado.

<sup>67</sup> Aprobado por dicha Comisión en fecha 17.6.2015 y publicado en *BOCG*, Congreso, Serie A. Núm. 133-4, de 3.7.2015, pp. 1-42.

*contra consumidores o usuarios y, en su caso, tras dar audiencia a ambas partes, resolver lo procedente, sin que ello produzca efecto de cosa juzgada, como exige la normativa europea». En efecto, el aptdo. 68 del Artículo Único PLRLEC contemplaba la adición del siguiente aptdo. 4 al art. 815 LEC:*

*«Si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento, dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible.*

*Cuando el juez apreciare que alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador.*

*De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.*

*Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir al deudor en los términos previstos en el apartado 1.*

*El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso.»*

Tal adición consta en el aptdo. 76 del Artículo Único Ley 42/2015, con un leve retoque del pfo. 2.º del nuevo art. 815.4 LEC, fruto de una enmienda de modificación técnica que tenía por fin «aclarar que el juez apreciará de oficio la existencia de cláusulas abusivas»<sup>68</sup>, párrafo que ahora reza así: «El Juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas éstas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador» (redondo nuestro sobre el cambio operado por la enmienda). El resto del apartado 4 añadido al art. 815 LEC se ha mantenido respecto a la redacción del PLRLEC.

Como puede observarse, el nuevo art. 815.4 LEC encomienda al juez, y no al secretario judicial, inspeccionar de oficio el contrato base de la reclamación en busca de cláusulas que pudieran ser abusivas; mientras que, en cohe-

---

<sup>68</sup> Así justificaba el propio Grupo Parlamentario Popular la enmienda n.º 270 (BOCG, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 267-268) presentada en el Senado sobre el proyectado art. 815.4 LEC.

rencia con el examen formal previsto en art. 815.1, esto es, comprobación de que los documentos aportados por el peticionario son de los que permiten la admisión a trámite de la solicitud inicial, se deja al secretario la labor de vigilar si esta se funda en un contrato B2C, en cuyo caso lo remitirá al juez para que sea él quien busque y, en su caso, halle el clausulado abusivo. El PLRLEC, y por ende la Ley 42/2015, se aparta en este punto del Anteproyecto de 2013, al que no obstante sigue en lo relativo al trámite de audiencia a peticionario y deudor para decidir sobre el carácter abusivo, por lo que traemos aquí la crítica hecha previamente. Dicho trámite, que vemos necesario mas de formulación mejorable en el sentido que antes apuntamos, fue reprobado vía enmiendas en el Senado (que no prosperaron), por considerarlo prescindible<sup>69</sup> o, en línea con lo que planteaba el Acuerdo del Tribunal Supremo de 2013, por entender suficiente la audiencia tan solo al requirente<sup>70</sup>.

Tres años después de la Sentencia *Banco Español de Crédito* se dio cumplimiento a la misma en cuanto al control de oficio de la abusividad en monitorio, trayendo la Ley 42/2015 un sistema que por fin lo posibilita; tiempo excesivo si tenemos presente que tal sentencia europea no solo reprochó el régimen procesal del monitorio español –cosa que también hizo la Sentencia *Finanmadrid EFC*, dictada en 2016 mas referida a la situación previa a la reforma operada por dicha Ley– sino también la integración judicial *ex art. 83 TRLCU*<sup>71</sup>, habiéndose reformado este precepto sustantivo (ya no prevé integración y exige ahora audiencia de las partes previa a la declaración de nulidad) mediante la Ley 3/2014, que sin embargo no se aprovechó para hacer lo propio con las normas procesales que regían el monitorio, a pesar de que la exigencia de ambas reformas derivaba de la misma resolución del Tribunal de Justicia.

---

<sup>69</sup> En este sentido, enmiendas presentadas en el Senado por el Grupo Mixto y por el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (respectivamente, enmiendas números 24 y 116, en *BOCG*, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 125 y 172), que rechazan la vista obligatoria con citación de ambas partes antes de resolver sobre el carácter abusivo del clausulado (sin perjuicio de que el demandado ya comparecido pueda plantear su existencia), pues ello «*implica un trámite innecesario, con la citación al deudor que todavía no es parte, siendo una cuestión de mera interpretación jurídica del contrato*».

<sup>70</sup> Así, las enmiendas presentadas en el Senado por los Grupos Parlamentarios Entesa pel Progrés de Catalunya y Socialista (respectivamente, enmiendas 72 y 168, en *BOCG*, Senado, Núm. 571, de 28.7.2015, pp. 47 y 196), proponiendo un sistema por el cual el juez, antes de decidir, solo ha de convocar a una vista al requirente sin necesidad de que comparezca el requerido «*ya que la vista se limita a resolver las cuestiones sobre cláusulas abusivas*», evitando así convertir «*el juicio monitorio es una especie de juicio declarativo*».

<sup>71</sup> Tema que trataremos *infra*, epígrafe 3.2.2. C).

## B) EJECUCIÓN

Más empeño puso el legislador español en reformar la LEC en sede ejecutiva, tanto fue así que para cuando el Tribunal de Justicia dictó el Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia* ya se había corregido el déficit reprochado por tal resolución, cual era que la normativa procesal no permitía controlar de oficio la abusividad, ni tampoco a instancia de parte, en el marco de la ejecución hipotecaria. Y es que tal corrección se produjo con la Ley 1/2013 a raíz de la Sentencia *Aziz*, cuyo aparente silencio acerca de posibilitar dicho examen no fue tomado por el legislador en sentido negativo, pues se introdujo un párrafo II al art. 552.1 LEC –incardinado en las normas generales de la ejecución– que venía a *facultar* al juez para apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que constituyan el fundamento de la demanda ejecutiva<sup>72</sup> (tornándose en obligatorio examen de oficio tras la Ley 42/2015<sup>73</sup>), control que respeta el principio de contradicción (y con ello la jurisprudencia del TJ), pues en tal caso el juez debe dar audiencia a las partes y tras ello resolver por auto, que de estimar la abusividad denegará el despacho de ejecución o bien la despachará sin aplicación de la cláusula considerada abusiva, según prevé el tercer ordinal del art. 561.1 LEC, también añadido por Ley 1/2013.

Al fijarse *in limine litis* el control de oficio, la reforma implica matizar el principio clásico de la ejecución, cual es que su despacho se hace *in audita parte debitoris*<sup>74</sup>, matiz que opera ahora cuando se insta por profesional contra consumidor, ya que en tal caso el juez que aprecie de oficio una eventual abusividad oír al deudor (consumidor) con carácter previo al despacho de ejecución. Mas el problema radica en que ello, unido a lo previsto en DT 4.ª de la Ley 1/2013, imposibilitaba o hacía excesivamente difícil un control de oficio sobrevenido en los procesos ejecutivos que estaban en curso al entrar aquella en vigor, respecto

---

<sup>72</sup> Como confirmaría posteriormente el Gobierno español, a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC como consecuencia de la Sentencia *Aziz*, el art. 552.1. II LEC no imponía el control de oficio sino que venía meramente a atribuir la facultad de efectuar tal examen, según consta en el aptdo. 39 de la Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García* (2014, ya citada).

<sup>73</sup> Al introducir, en el añadido (por Ley 1/2013) pfo. 2.º del art. 552.1, un primer inciso que reza así: «El tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 puede ser calificada como abusiva».

<sup>74</sup> Como es sabido, no existe una admisión como tal de la demanda ejecutiva, sino que se despacha o se deniega el despacho de ejecución, y ello sin oír al deudor, quien no obstante *podrá* personarse posteriormente en la ejecución en caso de que se despache. Ahora esta regla general encuentra una excepción cuando subyazca una relación B2C, porque el deudor (consumidor) vendrá *obligado* a personarse en caso de apreciarse de oficio la abusividad, porque será requerido judicialmente al efecto de ser oído al respecto antes de despacharse la ejecución (cosa distinta es que no atienda el emplazamiento), y de hecho para que el juez, oyendo también al ejecutante (profesional), la despache o la deniegue.

de los cuales *tan solo se dispensó al ejecutado*, para quien ya se hubiera iniciado o transcurrido el plazo legal de oposición a la ejecución, un *plazo preclusivo de un mes*<sup>75</sup> para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas, esto es, la nueva causa para oponerse a la ejecución de *títulos no judiciales*, tanto ordinaria como hipotecaria (arts. 557.1.7.<sup>a</sup> y 695.1.4.<sup>a</sup> LEC, respectivamente), que también introdujo dicha Ley.

De lo anterior extraemos dos consideraciones críticas. Primera, aunque se celebre que el legislador haya ampliado las causas de oposición, dando entrada a la abusividad como nuevo motivo, téngase en cuenta que, cuando por fin acometió (obligado vía TJ) la solución de esa falla del sistema, actuó sobre los títulos ejecutivos no judiciales pero dejando a un lado los que, sin ser judiciales, son *asimilados* a estos, concretamente los *laudos arbitrales*. El PLR-LEC contemplaba la adición de un tercer párrafo al art. 552.1, que hubiera venido a completar el imperativo examen de oficio cuando se ejecutan títulos *ex art. 557* (inciso primero del art. 552.1. II, añadido por Ley 42/2015) y correspondiente trámite de apreciarse abusividad en tal examen (hoy inciso segundo del art. 552.1. II, previamente introducido por Ley 1/2013), pues dicho párrafo abocaba, tratándose de ejecución de laudos, a controlar de oficio el posible carácter abusivo de cláusulas arbitrales en contratos B2C<sup>76</sup>, dando con ello cobertura a la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (analizada anteriormente) y «*al criterio consolidado en nuestra jurisprudencia al incorporar la posibilidad del control judicial de las cláusulas abusivas en el despacho de ejecución de laudos arbitrales, al igual que ya está previsto para los títulos no judiciales*», según rezaba el Preámbulo del PLRLEC y así sigue constando en el de la Ley 42/2015 (aptdo. V *in fine* de ambos) a pesar de que el proyectado párrafo fue finalmente suprimido<sup>77</sup>, de modo que para la ejecución de laudos arbitrales sigue sin preverse en la LEC control de oficio de la abusividad (tampoco la invocación de esta como motivo de oposición)<sup>78</sup>, carencia que se hace

<sup>75</sup> Computado desde el día siguiente a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, según su DT 4.<sup>a</sup>, 2 y 3.

<sup>76</sup> El proyectado art. 552.1. III decía: «*El procedimiento descrito en el párrafo anterior se seguirá también cuando, en el despacho de la ejecución de un laudo arbitral que haya adquirido fuerza de cosa juzgada, el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas arbitrales contenidas en el contrato celebrado entre empresarios o profesionales con consumidores o usuarios puede ser abusiva*» (aptdo. 58, art. único PLRLEC, en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 133-4, de 3.7.2015, p. 26).

<sup>77</sup> Vid. BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 133-5, de 17.9.2015, p. 50.

<sup>78</sup> En efecto, nótese que el nuevamente reformado art. 552.1. II LEC restringe el control de oficio a «*las cláusulas incluidas en un título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1*» (cursivas nuestras), precepto este último que no recoge el laudo arbitral, como sí hace el art. 556 LEC, dedicado a la oposición a la ejecución de resoluciones procesales y *arbitrales*, donde no se contempla la abusividad como causa de oposición. La Ley 42/2015 no ha modificado el art. 556; tampoco se contemplaba su modificación en el PLRLEC, aunque este tenía intención de solucionar, al menos, la falta de previsión de la LEC sobre el

aún más patente –y sonrojante técnicamente para el legislador– a la vista de la DT 2.<sup>a</sup> Ley 42/2015, que hace referencia al último párrafo del art. 552.1 LEC (esto es, el proyectado pfo. 3.<sup>o</sup>) como si no se hubiera suprimido<sup>79</sup>.

Segunda, al no contemplarse un control de oficio sobrevenido del carácter abusivo en sede ejecutiva y restringir su revisión extraordinaria a la alegación del consumidor en plazo preclusivo de un mes, con independencia de que estuviera o no personado en la ejecución y sin requerirse un expreso acto de comunicación judicial sobre tal posibilidad<sup>80</sup> (con riesgo de que no se ejerciera por desconocimiento o por imposibilidad de hacerlo, tras conocerse, fuera de plazo, y ello sin que el juez pudiera remediarlo de oficio *a posteriori*), el régimen transitorio de la Ley 1/2013 suscitó dudas de inconstitucionalidad<sup>81</sup> y cuestionamiento prejudicial europeo, lo cual no es de extrañar porque, además de ir *contra natura* de la nulidad de las cláusulas abusivas<sup>82</sup>, podría no respetar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como la referente al valor retroactivo de las sentencias europeas que interpretan una norma de la Unión<sup>83</sup>, o la relativa a

control de oficio en la ejecución de laudo arbitral, que era el *quid* de la cuestión vista por la Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*.

<sup>79</sup> Una prueba más de la «exquisita» técnica a la que nos tienen acostumbrados los representantes públicos en la tramitación legislativa. La DT 2.<sup>a</sup> PLRLEC ha pasado sin modificación alguna a su homónima de la Ley 42/2015, con lo cual el régimen transitorio previsto para las ejecuciones de laudos no archivadas al entrar en vigor tal ley (apdo. 3 DT 2.<sup>a</sup>) ha quedado en la inocuidad, porque solo tenía sentido entonces y no ahora, esto es, cuando el texto de la reforma legal contemplaba la adición del pfo. 3.<sup>o</sup> al art. 552.1 LEC.

<sup>80</sup> Según la DT 4.<sup>a</sup> Ley 1/2013 «la publicidad de la presente Disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los plazos previstos en los apartados 2 y 3 de este artículo, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto». El Grupo Parlamentario Socialista presentó el 16.8.2013 recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley (a ello ya nos referimos en el epígrafe 1.1), donde se alegaba, entre otros motivos, que la notificación por BOE del plazo de preclusión prevista en esa DT no cumplía el mandato del art. 9.3 CE (que garantiza la publicidad de las normas y la seguridad jurídica), ya que puede llevar a los consumidores a ignorar sus derechos o a no poder asumir gastos de defensa en un proceso, además de que la notificación vía diarios oficiales es residual y subsidiaria, así la forma de notificación señalada en la DT 4.<sup>a</sup> «*vulnera de forma flagrante el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un procedimiento con todas las garantías, en tanto no le es posible acudir al recurso de amparo que establece el art. 53.2 CE*» (pp. 52 y 53 del recurso).

<sup>81</sup> Además del recurso del Grupo Parlamentario Socialista (*vid. n. previa*), nos hacemos eco de la cuestión planteada por AJPII n.º 3 Carlet 21.2.2014, en relación a la DT 4.<sup>a</sup>, que fue inadmitida por el TC al no superar el juicio de relevancia preciso (ATC 22.7.2014, FJ 3.<sup>o</sup>). Ahora bien, que no prosperase no significa que dicha DT sea inmaculada desde el punto de vista constitucional, es más, al inadmitir esa cuestión, por defectuoso planteamiento, el TC obvió el principio de primacía del Derecho de la UE (sobre tal principio *vid. supra* epígrafe 1.2). Y si la Sentencia *Cofidis* ya declaró que la protección de la Directiva 93/13 se opone a una normativa que impida al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o por vía de excepción opuesta por el consumidor, una cláusula abusiva, tendríamos que el plazo preclusivo de la DT 4.<sup>a</sup> es contrario al Derecho de la UE y por ende inconstitucional por contrario al art. 96 CE, de modo que el juez debería abstenerse de aplicarlo, precisamente en virtud de la primacía de tal Derecho.

<sup>82</sup> Dado que dicha nulidad lo es *de pleno derecho* (arts. 83 TRLCU y 8 LCGC), su acción es imprescriptible: *vid.*, por todas, STS 14.3.2002, FJ 3.<sup>o</sup> y jurisprudencia ahí citada.

<sup>83</sup> Sobre esto último, *vid.* Sentencia *RWE Vertrieb*, apdo. 58 y resoluciones ahí citadas. En este sentido, ANTA GONZÁLEZ, J. M. («Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *DLL*, 27.1.2014, documento online, <http://diariolaley.laley.es>), para quien las DDTT 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> Ley 1/2013 merecen cuestionamiento ante el TJ.

la protección *ex officio* del consumidor declarada imprescriptible (Sentencia *Cofidis*, aptdo. 38). Precisamente esto último fue planteado al Tribunal de Justicia, junto a otras cuestiones, por el JPI n.º 5 Alcobendas, mediante Auto de 24.4.2014, pero, por razones que se escapan, la petición de decisión prejudicial fue resuelta por el Tribunal de Justicia en Auto de 17.3.2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15 (en adelante, Auto *Ibercaja Banco*), omitiendo la pregunta hecha por el remitente sobre la posible vulneración de la doctrina *Cofidis*<sup>84</sup>.

Basándose en que la DT 4.ª Ley 1/2013 pudiera resultar contraria a los arts. 6 y 7 Directiva 93/13, el JPII n.º 4 Martorell y el JPI n.º 2 Santander elevaron sendas peticiones de decisión prejudicial poniendo en cuestión el plazo transitorio establecido por el legislador español<sup>85</sup>. Al respecto, el Tribunal de Justicia examinó su compatibilidad con los principios de equivalencia y efectividad en el marco de aplicación de dichos preceptos, análisis que comprendió dos elementos: i) la duración del plazo, estimando que el preclusivo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición no parecía, en principio, materialmente insuficiente para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo<sup>86</sup>; ii) el mecanismo previsto por el legislador para determinar el inicio de ese plazo –publicación en el BOE de la Ley 1/2013–, entendiéndose que, por cuanto el plazo preclusivo comenzaba a correr sin que los afectados fueran informados personalmente de la posibilidad de alegar un nuevo motivo de oposición en el marco de un procedimiento ejecutivo ya iniciado antes de entrar en vigor la Ley 1/2013, su DT 4.ª no garantizaba que se pudiera aprovechar plenamente ese plazo ni, por ende, el ejercicio efectivo del nuevo derecho reconocido por la modificación legislativa en cuestión<sup>87</sup>. Por ello, concluyó el

---

<sup>84</sup> En efecto, el Auto *Ibercaja Banco* recoge en su aptdo. 21 las otras cuestiones planteadas por el remitente, que son las que responde, como si aquel no hubiera preguntado lo que consta en la petición recibida en el TJ el 20.11.2015, y publicada en *DO C 48* de 8.2.106, p. 17: «¿La disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 vulnera la jurisprudencia *Cofidis*?». Vid. AJPI n.º 5 Alcobendas 24.4.2014, Parte Dispositiva, Segundo, pto. 2.

<sup>85</sup> Peticiones presentadas, respectivamente, en fecha 10.1.2014 (*DO C 102* de 7.4.2014, p. 14), asunto C-8/14, *BBVA*, y en fecha 10.9.2014 (*DO C 421*, de 24.11.2014, p. 19), asunto C-421/14, *Banco Primus*.

<sup>86</sup> Y por tanto, no consideró que la DT 4.ª fuera contraria al principio de efectividad: Sentencia *BBVA*, aptdos. 31 y 32. El TJ ya tenía declarado, en cuanto a plazos procesales, que el plazo disponible para la preparación e interposición de un recurso judicial efectivo debe ser materialmente suficiente: STJ 28.7.2011, *Samba Diouf*, C-69/10 (en adelante, Sentencia *Samba Diouf*), aptdo. 66; que de hecho es objeto de cita en Sentencia *BBVA*, aptdo. 29.

<sup>87</sup> Existiendo además un riesgo elevado de que ese plazo expirase sin que los consumidores afectados pudiesen hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos por la vía judicial, debido en particular al hecho de que ignoran o no perciben en realidad, la amplitud exacta de sus derechos (Sentencia *BBVA*, aptdos. 39 y 40).

Tribunal de Justicia que la DT 4.<sup>a</sup> vulneraría el principio de efectividad<sup>88</sup>, declarando que los arts. 6 y 7 Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado una ejecución antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no hubiera concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales (Sentencia *BBVA*, aptdo. 42; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 54).

Dejando a un lado ese régimen transitorio, lo que no admite discusión es que si se invocara la abusividad como causa de oposición y esta fuese desestimada, el consumidor no tendría posibilidad alguna de que un tribunal distinto al de la ejecución apreciase su existencia, ya sea de oficio o a instancia de parte, y lo mismo ocurre en caso de que no llegara a invocarse en sede ejecutiva. En efecto, si el consumidor pretendiese una declaración de abusividad en ulterior proceso, no podría hacerlo por impedirlo el juego de los arts. 222.4 y 400 LEC<sup>89</sup>, y aunque pudiera, el juez del declarativo no estaría facultado para suspender la ejecución hipotecaria pues la Ley 1/2013 no reformó el art. 698 LEC<sup>90</sup>. Y en cuanto a su control *ex officio*, sabemos que si el juez no aprecia por sí la abusividad al conocer la demanda ejecutiva, una vez despachada la ejecución solo puede apreciarla a instancia de parte, pero también que la jurisprudencia europea aboga por su *revisión de oficio en apelación* aun en el caso de que no se invocara en primera instancia; en principio, un tribunal de segunda instancia puede apreciar de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva<sup>91</sup>, pero *no si la legislación nacional impide recurrir ante un tribunal superior, y esto es precisamente lo que acontecía respecto al ejecutado hipotecario con el art. 695.4 LEC*, como vamos a ver a continuación.

---

<sup>88</sup> Sentencia *BBVA*, aptdo. 41. Respecto al principio de equivalencia, el TJ que no contaba con ningún elemento que suscitara dudas acerca de la conformidad de la DT 4.<sup>a</sup> con dicho principio (Sentencia *BBVA*, aptdo. 25).

<sup>89</sup> Como apunta GIMENO SENDRA, V. («Las cláusulas abusivas», en *DLL*, 1.7.2013, p. 4), los efectos de la cosa juzgada «se extienden, por obra de lo dispuesto en el art. 400.2 LEC, no sólo al motivo de impugnación expresamente alegado, sino también a todos los que pudieron y debieron ser invocados (art. 222.4 en relación con el art. 400 LEC)», y por tanto, en caso de desestimarse la oposición por abusividad, o si se fundara en otra causa cuando pudo haberse alegado aquella, «la pretensión ejecutiva del profesional quedará absolutamente amparada». Antes de la reforma operada por Ley 1/2013 sí cabía acudir al ulterior declarativo para discutir sobre la abusividad, precisamente porque esta no estaba contemplada entre las causas de oposición a la ejecución y por tanto no se podía invocar en sede ejecutiva.

<sup>90</sup> Como ya comentamos *supra*, epígrafe 1.1.

<sup>91</sup> Porque puede hacerlo respecto a las que contraríen las normas de orden público nacionales (en este sentido, STS 20.7.2006, FJ 5.<sup>o</sup>), y el mismo trato procesal deben recibir las europeas de igual naturaleza, como el art. 6.1 Directiva 93/13. En concreto sobre cláusulas abusivas, *vid.* STS 22.4.2015, FJ 8.<sup>o</sup>

## C) APELACIÓN

Tal disposición, que ya antes de la Ley 1/2013 solo permitía recurrir el auto que *estimase* las causas de oposición 1.ª y 3.ª del art. 695.1 LEC (estimación que da lugar al sobreseimiento de la ejecución), mantuvo prácticamente inalterada su redacción tras dicha Ley, pues lo que hizo esta fue, como consecuencia de la introducción de una causa 4.ª (abusividad, que de estimarse supone el sobreseimiento o la continuación sin cláusula abusiva<sup>92</sup>), añadir la posibilidad de recurrir el auto *estimatorio* de dicha causa en todo caso. Así, la Ley 1/2013 trajo consigo una problemática inédita hasta entonces: el art. 695.4 LEC permitía recurso de apelación contra el auto que, estimando la oposición del ejecutado, pusiera fin al proceso o inaplicase la cláusula abusiva, pero no lo admitía en el caso contrario, y por tanto, mientras el ejecutante podía apelar la resolución contraria a sus intereses (sobreseyera o no el proceso), el ejecutado que viera rechazada su oposición no disponía de esa posibilidad de recurso.

Esta modificación legislativa, que propiciaba un diferente tratamiento procesal del recurso, según a quien desfavoreciera la resolución, y que impedía al consumidor acudir a un órgano superior que pudiera apreciar, de oficio o a instancia de parte, la abusividad, alegada o no en primera instancia, provocó el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad contra el remozado art. 695.4 LEC, que se vieron inadmitidas con el argumento de que la disposición cuestionada carecía de relevancia para resolver el proceso *a quo*<sup>93</sup>, y es que el rigorismo del Tribunal Constitucional suponía *de facto* que solo pudiera realizar tal cuestionamiento el tribunal que tuviese que decidir acerca de un recurso vedado legalmente, esto es, *tendría que darse el caso de que el ejecutado hipotecario presentara apelación y el recurso fuese admitido a trámite en contra de lo dispuesto en el aquel precepto*<sup>94</sup>. En tal situación se vio, precisamente, la Sección 3.ª AP Castellón, que, en vez de dirigirse al TC, lo hizo al Tribunal de Justicia, planteando mediante auto de 2.4.2014 cuestión prejudicial sobre el art. 695.4 LEC, por considerarlo contrario al art. 7.1 Directi-

<sup>92</sup> Según lo dispuesto en art. 695.3. II LEC, esto es, dependiendo de que la cláusula fundamente o no la ejecución. En este sentido, el art. 695.1.4.ª LEC prevé oposición por «*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*».

<sup>93</sup> En efecto, esta misma respuesta recibieron las cuestiones planteadas por AJPII n.º 7 Avilés 14.11.2013 y AJPII n.º 3 Carlet 21.2.2014, en ATC 8.4.2014 (FJ 5.º) y ATC 22.7.2014 (FJ 4.º), respectivamente.

<sup>94</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., «La STJUE 17 julio 2014 y la posibilidad de recurso en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RAD*, n.º 6/2014, versión electrónica, BIB 2014\3353, p. 2.

va 93/13 en relación con el art. 47 CDFUE, cuestión que resolvería la citada Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*.

El asunto tenía su enjundia desde el punto de vista procesal interno, ya que, tras admitirse a trámite el recurso de apelación por el JPI (n.º 3 de Castellón), fue remitido para su resolución a dicha Sección 3.ª, que debía decidir, por auto no susceptible de ulterior impugnación<sup>95</sup>, si tal recurso debía desestimarse *a limine* por no tener cabida en la legislación nacional y concurrir un motivo de inadmisión a trámite<sup>96</sup> o si, por el contrario, procedía su examen, lo cual sería factible en caso de que el Tribunal de Justicia entendiera que el art. 695.4 LEC no resultara conforme al ordenamiento europeo, pues de ser así tal precepto no debería aplicarse en virtud del principio de primacía del Derecho de la UE (sobre tal principio *vid.* epígrafe 1.2). Precisamente el que pudiera o no entrar a analizarse el recurso era el objeto de la cuestión prejudicial planteada, más allá de la fuerza de los motivos que pretendieran someter a la AP los ejecutados apelantes, que no habían invocado la abusividad ni en primera instancia ni en dicho recurso, pues si este no fuera *a priori* rechazable el tribunal *ad quem* podría apreciar de oficio el carácter abusivo en segunda instancia siempre que dispusiera de los elementos fácticos y jurídicos para ello (concurrentes a criterio de la AP, que, a la vista del contrato celebrado, entendía que los intereses moratorios eran abusivos<sup>97</sup>).

La petición de decisión prejudicial se tramitó por el *procedimiento acelerado* previsto en el artículo 105 RPTJ<sup>98</sup>, no tanto por el indudable número de potenciales afectados<sup>99</sup>, sino por el riesgo de que los consumidores perdieran su

<sup>95</sup> Al haberse apelado contra un AJPI, la resolución de la AP debía revestir la forma de auto y el art. 477.2 LEC prevé la posibilidad de interponer casación contra las sentencias de las AAPP, pero no contra sus autos, que serían *irrecurribles*: así, i.a., AATS 4.6.2013 (FJ 2.º) y 14.1.2014 (FJ 2.º), siguiendo lo establecido por Acuerdo TS 30.12.2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (concretamente pto. II.1 de este Acuerdo de la Sala 1.ª).

<sup>96</sup> Según criterio del TS (v.g., SSTS 8.10.2013, FJ 5.º; 18.12.2013, FJ 3.º) la concurrencia de una causa de inadmisión del recurso que, sin embargo, ha sido admitido a trámite, es causa de desestimación en el momento de resolución del mismo por el tribunal, como recuerda el AAP Castellón 2.4.2014, FJ 1.º

<sup>97</sup> En FJ 6.º AAP Castellón 2.4.2014, sobre la primera cuestión, decía que «*en el concreto procedimiento en que se plantea la cuestión, en el contrato celebrado con los consumidores en que el banco ejecutante funda su derecho se pactaron unos intereses de demora del 19% anual, que tienen carácter abusivo, en la medida en que son muy superiores al legal del dinero vigente durante el tiempo en que han sido aplicados, en que el interés legal era el 4%*».

<sup>98</sup> Cuyo aptdo. 1 establece que «a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal podrá, tras oír al Juez Ponente y al Abogado General, decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo».

<sup>99</sup> La legislación nacional que impide al ejecutado recurrir en apelación la resolución contraria a sus intereses afecta a la totalidad de los demandados consumidores en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuyo número es ingente en el contexto de crisis económica padecida por España. No obstante, el

vivienda habitual, poniendo a su familia en una situación particularmente delicada<sup>100</sup>. A través de las cuestiones planteadas por la AP remitente, esta pedía sustancialmente que el Tribunal de Justicia dilucidara si el art 7.1 Directiva 93/13 (que impone a los Estados la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan *medios adecuados y eficaces* para que cese el uso de cláusulas abusivas), en relación con el art. 47 CDFUE (que proclama el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en *igualdad de armas*), debía interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo<sup>101</sup>, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que este, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.

Para dar una respuesta el Tribunal de Justicia analizó si la normativa nacional resultaba conforme con los principios de equivalencia y efectividad, pues si bien, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud de su autonomía procesal, el Tribunal de Justicia advirtió que tales modalidades debían respetar aquellos principios europeos (Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdo. 31). Respecto al de equivalencia, no se suscitaban dudas en cuanto a su conformidad<sup>102</sup>; y respecto al de efectividad, tras

---

número elevado de personas o de situaciones jurídicas que puedan verse afectadas por la resolución que deba dictar un órgano jurisdiccional remitente tras solicitar que el TJ se pronuncie con carácter prejudicial no puede, como tal, considerarse una circunstancia excepcional que sirva para justificar la aplicación del procedimiento acelerado (AAPTJ 21.9.2006, *KÖGÁZ y otros*, C-283/06 y C-312/06, aptdo. 9; 3.7.2008, *Plantanol*, C-201/08, aptdo. 10; 5.10.2012, *Abdullahi*, C-394/12, aptdo. 11).

<sup>100</sup> APTJ *Sánchez Morcillo y Abril García*, ya citado, aptdo. 11, mediante el cual se decidió atender la solicitud de la Audiencia remitente de que el asunto se tramitara por el procedimiento acelerado (que basó su procedencia, además de en el elevado número de personas pudieran verse comprometidas, en la afectación del derecho a la vivienda: FJ 7.º AAP Cáceres 2.4.2014), puesto que una respuesta del TJ en un plazo lo más breve posible podría reducir sensiblemente ese riesgo de perder la vivienda (aptdo. 13).

<sup>101</sup> Como ya advertimos *supra*, la Ley 1/2013 no modificó el art. 698.1 LEC, que, por tanto, sigue impidiendo dicha suspensión.

<sup>102</sup> Señala el TJ que de las disposiciones del art. 695, aptdos. 1 y 4, se desprende que el sistema procesal español impide que el consumidor pueda recurrir en apelación contra la resolución que desestime su oposición a la ejecución, no sólo cuando tal oposición se fundamente en abusividad con arreglo al art. 6

recordar el Tribunal de Justicia la obligación que tiene el juez nacional de observar la exigencia de tutela judicial efectiva consagrada en el art. 47 CDFUE (Sentencia *Banif Plus Bank*, aptdo. 29), y señalar que el hecho de que el consumidor ejecutado tan solo disponga de una única instancia para hacer valer sus derechos no resulta en sí mismo contrario al Derecho de la Unión<sup>103</sup>, advirtió que no obstante, al tener en cuenta el lugar que el art. 695.4 LEC ocupa en el conjunto del ordenamiento<sup>104</sup>, resultaban ineludibles ciertas consideraciones<sup>105</sup>, que resumidamente exponemos a continuación.

En primer lugar, el trato privilegiado que la normativa procesal española concede al profesional, en el sentido de que puede ocurrir que un procedimiento de ejecución hipotecaria que tenga por objeto un *bien inmueble que responda a una necesidad básica del consumidor; cual es procurarse una vivienda*, sea incoado por un profesional en base a un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento ni siquiera haya sido objeto de un examen judicial destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de una o varias de las cláusulas que contenga. Además, en el caso de desestimarse la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto, expone a aquel, o *incluso a su familia, al riesgo de perder su vivienda* como consecuencia de la venta forzosa de esta<sup>106</sup>.

En segundo lugar, el desarrollo de la oposición a la ejecución, que coloca al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una *situación de inferioridad* en relación con el profesional, en su condición de acreedor ejecutante, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar, al amparo de la Directiva 93/13. Se reconoce a dicho profesional el derecho a interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva, pero

---

Directiva 93/13, «sino tampoco cuando se fundamente en la infracción de una norma nacional de orden público, extremo que, no obstante, incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar». Por tanto, nuestro sistema respetaría el principio de equivalencia por demérito, es decir, por no permitir ni una cosa ni otra, sobre lo cual el TJ conviene por defecto, pues «no cuenta con ningún elemento que suscite dudas en cuanto a la conformidad con dicho principio de la normativa controvertida», de hecho remite a la AP para verificarlo (Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 32 y 33).

<sup>103</sup> Pues según tal Derecho, el principio de tutela judicial efectiva no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal (Sentencia *Samba Diouf*, aptdo. 69; Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 48).

<sup>104</sup> Siendo ello preciso desde que la Sentencia *Peterbroeck* sentara que cuando se cuestione si una disposición nacional imposibilita o hace excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario, debe analizarse el lugar que aquella ocupa dentro del conjunto del procedimiento. Sobre esta doctrina *vid. supra* n. 42.

<sup>105</sup> Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 36 y 37.

<sup>106</sup> Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 38 y 43.

no se permite, en cambio, que el consumidor interponga recurso contra la decisión que desestime la oposición a la ejecución. Este *desequilibrio entre los medios procesales* de que disponen consumidor y profesional no hace sino acentuar el desequilibrio que existe, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como a nivel de información, entre las partes contratantes, poniéndose así en peligro la realización del objetivo perseguido por la Directiva 93/13. El citado desarrollo de la oposición a la ejecución, previsto en el art. 695 LEC, *resulta contrario al principio de igualdad de armas o igualdad procesal*, que forma parte del principio de tutela judicial efectiva<sup>107</sup>, y que no es sino corolario del concepto mismo de proceso justo<sup>108</sup>, el cual implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria<sup>109</sup>.

En tales circunstancias, concluye la Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García* (aptdo. 50) que el procedimiento español de ejecución hipotecaria se caracteriza por *disminuir la efectividad* de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el art. 47 CDFUE, en la medida en que dicha regulación procesal incrementa la *desigualdad de armas* entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que tal directiva atribuye a los consumidores.

A raíz de tal pronunciamiento se modificó de nuevo el art. 695 LEC, mediante la DF 3.<sup>a</sup> del RDL 11/2014, de 5 de septiembre<sup>110</sup> (en adelante, RDL 11/2014), cuya Exposición de Motivos reconoce (pto. VI) que dicho cambio obedeció a la necesidad de adaptar la LEC a dicha sentencia, y con ello, «*el deudor hipotecario podrá interponer recurso de apelación contra el auto que desestime su oposición a la ejecución, si ésta se fundaba en la existencia de una cláusula contractual abusiva que constituya el fundamento de la ejecución o la cantidad exigible*». En efecto, así se contempla ahora en el art. 695.4 LEC, que al abrir por primera vez la vía de apelación al ejecutado, no solo permite expresamente que recurra cuando haya invocado la abusividad como causa de oposición y esta sea desestimada, sino que además posibilita implícitamente el control *ex officio* en segunda instancia, posibilidad que ha

<sup>107</sup> Sentencia *Otis y otros*, aptdo. 48; Sentencia *Banif Plus Bank*, aptdo. 29.

<sup>108</sup> STJ 21.9.2010, *Suecia y otros/API y Comisión*, C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, aptdo. 88.

<sup>109</sup> Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 44-49.

<sup>110</sup> De medidas urgentes en materia concursal, en BOE n.º 217, de 6.9.2014.

sido reconocida por la STS 22.4.2015 <sup>111</sup>, dictada en Pleno (sentando pues doctrina), con cita a la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*.

A pesar de dicha modificación, la AP Castellón siguió albergando dudas sobre la compatibilidad de la disposición ya reformada con el objetivo de protección de los consumidores perseguido por la Directiva 93/13, en relación con el principio de igualdad de armas *ex art. 47 CDFUE*; habida cuenta de que, aun cuando tal modificación trajo consigo que el consumidor ejecutado pudiera recurrir el auto desestimatorio de la oposición fundada en el carácter abusivo, únicamente se le permite apelar en tal caso, mientras que el profesional ejecutante puede recurrir en apelación contra el auto de sobreseimiento de la ejecución (incluso contra el que ordene la inaplicación de una cláusula abusiva), con independencia de cuál sea la causa en que se haya basado la oposición estimada. Así, la AP decidió suspender nuevamente el procedimiento y plantear otra cuestión prejudicial (mediante resolución de 21.11.2014), preguntando ahora al Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del reformado art. 695.4 LEC con la normativa antedicha, al entender que conforme a tal disposición el profesional ejecutante *dispone de más medios de apelación* que el consumidor ejecutado.

Esta nueva cuestión prejudicial fue resuelta en fecha 16.7.2015 por Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*, donde el Tribunal de Justicia sostiene que la problemática planteada es ajena al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, pues esta se limita a proteger a los consumidores frente al uso de cláusulas abusivas, y el art. 695.4 LEC ya garantiza, con la reforma operada por RDL 11/2014, una acción completa y suficiente para que cese el uso de tales cláusulas en la escritura de hipoteca de la que resulta la deuda reclamada y constituye el fundamento del título ejecutivo, de manera que no puede afectar negativamente a la efectividad de la protección pretendida por la Directiva, aun cuando la restricción de la apelación para el consumidor (sólo cuando haya opuesto, sin éxito, la causa 4.ª del art. 695.1 LEC) no se predica respecto del profesional (que puede recurrir la estimación de la oposición basada en toda causa) <sup>112</sup>. Añade el Tribunal de Justicia que, tras la corrección legislativa, se garantiza el principio de igualdad de armas contra el uso de cláusulas abusivas, ofreciéndose al consumidor una oportunidad razonable de ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en la Directiva 93/13 en condiciones que

---

<sup>111</sup> Considera que la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en un contrato B2C es apreciable de oficio cuando se resuelve un recurso de apelación, y que las consecuencias de la nulidad provocada por el carácter abusivo de la cláusula, en los términos que se derivan de la jurisprudencia europea y nacional, han de ser aplicadas de oficio por los tribunales (*vid. FJ 8.º*).

<sup>112</sup> Auto *Sánchez Morcillo y Abril García*, aptdos. 43-45.

no lo coloquen en una situación de manifiesta desventaja con el profesional acreedor ejecutante <sup>113</sup>.

### 3.2 SANCIÓN A LA ABUSIVIDAD Y CONSECUENCIAS: SISTEMA NACIONAL, EUROPEO Y MODERNIZADOR DESDE LA JURISPRUDENCIA

A lo largo de este Capítulo y los precedentes se deduce que la *sanción* que reciben las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento es la de su *nulidad*, a la que nos hemos referido en momentos puntuales sin extendernos entonces sobre el particular. Ahora analizaremos esta cuestión, que en el caso español no parte de la Directiva 93/13, pues esa sanción es la que tradicionalmente se ha utilizado a nivel interno (ya la contemplaba la versión originaria de la LCU en su art. 10.4), pero es cierto que tras resultarnos aquella operativa hemos tenido que asumir la interpretación que de sus disposiciones realiza el Tribunal de Justicia, y concretamente del art. 6.1, que si bien da libertad a los Estados miembros para determinar los aspectos técnicos de la «no vinculación» de la cláusula abusiva, la jurisprudencia que interpreta tal precepto ha ido matizando esa facultad interna en cuanto a las consecuencias de la sanción sobre el resto del contrato, y ello ha llevado a que el legislador español haya tenido que modificar las previsiones sobre su integración judicial a raíz de los pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo.

De lo que se trata ahora es de exponer dicho régimen comunitario, positivo y jurisprudencial, el impacto que ha tenido en el sistema nacional, lo que nos conducirá al estudio interno de la cuestión y su problemática actual, así como la regulación que, desde esta perspectiva, prevén los nuevos instrumentos sobre la sanción de las cláusulas abusivas y sus consecuencias.

#### 3.2.1 Mecanismo correctivo y efectividad de su declaración judicial

##### A) CARENANCIA VINCULATORIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

El artículo 6.1 Directiva 93/13, en su primera parte, prevé que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, *en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales*, las cláusulas abusivas que figu-

---

<sup>113</sup> *Ib.*, aptdo. 49.

ren en un contrato celebrado entre éste y un profesional». Recordemos que se trata de una disposición de carácter imperativo (Sentencia *Mostaza Claro*, aptdo. 36), donde el mandato a los Estados se centra en garantizar la *no vinculación* del clausulado abusivo<sup>114</sup>, siendo potestativa su concreción técnica nacional<sup>115</sup>, prueba de ello es que en España tales cláusulas son nulas *ipso iure* (art. 83 TRLCU, art. 8 LCGC), en Francia se consideran «no escritas» (*non écrites*, art. L.241-1 C.consom.), «anulables» en Holanda (*vernietigbaar*, art. 6:233 BW), o simplemente «ineficaces» en Alemania (*unwirksam*, § 306 Abs. 1 BGB). Ahora bien, cualquiera que sea la figura jurídica interna en que se concrete la carencia vinculatoria *ex art. 6.1 Directiva 93/13*, debe aparejar que la cláusula declarada abusiva no tenga efecto alguno para el consumidor, pues según el Tribunal de Justicia tal declaración ha de permitir el restablecimiento de la situación fáctica y jurídica en que se hallaba el consumidor de no haber existido la cláusula abusiva, y ello mediante la restitución de las ventajas que virtud de dicha cláusula hubiera obtenido el profesional en detrimento de aquel<sup>116</sup>.

En el ámbito civilístico español, la frontera entre invalidez e ineficacia es difusa, hasta el punto que la doctrina científica utiliza indistintamente ambos términos, o considera irrelevante la distinción, mientras que esta resulta indis-

---

<sup>114</sup> Ello ha de ponerse en relación con el Cdo. 21 de la Directiva, según el cual los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, estas no obligarían al consumidor. Al respecto, señala TRSTENJAK, V. (*Conclusiones en el Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S. A. contra Joaquín Calderón Camino*, presentadas el 14.2.2012, ECLI: EU: C:2012:74, pto. 84) que, en tanto se trata de una disposición imperativa para los Estados, no se admiten excepciones, y que conforme a su finalidad, el art. 6.1 debe llevar, también al ser transpuesto, a la consecuencia jurídica, imperativa e ineludible por vía contractual, del carácter no vinculante.

<sup>115</sup> En este sentido PAGADOR (*op. cit.*, 1999, p. 80), señala que el legislador comunitario trata de imponer de facto la ineficacia (solo) de las cláusulas abusivas, sirviéndose, sin embargo, para ello de una terminología atécnica —«no vincularán»—, y se remite a las diferentes soluciones técnicas articuladas en cada uno de los ordenamientos nacionales internos de los Estados miembros —«en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales»—, correspondiendo por tanto a los legisladores nacionales decidir en cuál o cuáles de las diferentes categorías de ineficacia comercial existentes en sus ordenamientos se concretará la falta de carácter vinculante para el consumidor de las cláusulas abusivas. El TJ, en la Sentencia *Banco Español de Crédito* señaló (aptdo. 62), respecto al tenor literal del art. 6.1, que «el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto *margen de autonomía* en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les *impone expresamente* la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor»». Explica TRSTENJAK, V. (*Conclusiones en el Asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt.*, presentadas el 6.12.2011, ECLI: EU: C:2011:806, pto. 48) que tal precepto «se limita a prescribir un resultado, cuya consecución deben garantizar los Estados miembros al transponer la Directiva, pero no determina concretamente si la cláusula de la que se trata debe declararse nula o inválida. Al contrario, esta decisión corresponde al Derecho nacional, el cual establece las consecuencias jurídicas exactas. El empleo de conceptos neutrales por parte del legislador de la Unión se fundamenta en la consciencia de la diversidad de los sistemas y tradiciones de Derecho civil existentes en el seno de la Unión».

<sup>116</sup> Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 66.

pensable según otros autores, para quienes invalidez e ineficacia son conceptos diferentes, de manera que si bien de ordinario el contrato inválido es *ineficaz* (esto es, que carece de efectos típicos, ya sea porque no produce ningún efecto, o porque los produzca menores o distintos de los que las partes quisieron), habría contratos ineficaces plenamente válidos<sup>117</sup>, en el sentido de vinculantes y obligatorios para las partes. Desde esta óptica, la *invalidez*, como negación de la fuerza vinculante del contrato, sería la sanción más fuerte prevista por nuestro ordenamiento para el contrato que infringe la ley.

Como advierte el Tribunal Supremo, la precisión de los conceptos y la pureza de la terminología no son nunca absolutos en el campo del Derecho privado<sup>118</sup>, mas, a los efectos que nos ocupan, no es tan trascendental aquella disquisición como la consideración de que ningún contrato (su clausulado) es «inválido», o si se prefiere «ineficaz», en abstracto, sino necesariamente nulo (*stricto sensu*) o bien anulable<sup>119</sup>, porque la nulidad de pleno derecho reúne caracteres que permiten cumplir las exigencias europeas resultantes de la interpretación del art. 6.1 Directiva 93/13 hecha por el Tribunal de Justicia, no pudiendo decirse lo mismo de la anulabilidad<sup>120</sup>, en la medida en que la prime-

<sup>117</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M. A., *De las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003 (accesible en [www.unizar.es](http://www.unizar.es)), p. 4, proponen como supuesto de ineficacia sin invalidez el ejemplo de la rescisión, y como principales modalidades de la invalidez (o nulidad en sentido amplio) del contrato, que depende de la adecuación del mismo en su formación y contenido a las normas que lo regulan, la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. Sobre las opiniones a favor y en contra de la distinción entre invalidez e ineficacia, así como el tratamiento dado por la jurisprudencia: *ib.*, pp. 5-10. *Vid.* GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983; CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 6.3 Código Civil», en Albaladejo García, M./Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1992, pp. 769-842; PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.

<sup>118</sup> STS 1.2.1999, FJ 2.º, tras distinguir la Sala 1.ª, en esta ocasión, ineficacia e invalidez en los siguientes términos: «la ineficacia del negocio jurídico o, concretamente del contrato como negocio jurídico bilateral «inter vivos», es la carencia de efectos jurídicos típicos (si bien puede producir otros distintos, como indemnización de daños y perjuicios), que viene determinada por causa intrínseca al propio contrato provocando que carezca de validez (por inexistencia, por nulidad absoluta o por anulabilidad) y es la invalidez, o bien la ineficacia «stricto sensu» que engloba los supuestos en que siendo el contrato válido, no produce efecto por causas extrínsecas como puede ser la resolución, que es la ineficacia del contrato con efecto retroactivo en virtud de una causa que no es una invalidez inicial sino que viene determinada por causa de condición resolutoria, o por pacto comisorio, o por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en un contrato bilateral».

<sup>119</sup> DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 18, respecto al contrato inválido.

<sup>120</sup> En este sentido, EBERS, que en su estudio comparativo de la transposición del art. 6.1 Directiva 93/13 en los distintos Estados miembros (*op. cit.*, 2008, pp. 242-245), señala que el concepto de nulidad absoluta está en línea con la jurisprudencia del TJ, mientras que el de nulidad relativa (anulabilidad), por ejemplo presente en Holanda (art. 6:233 BW), no cumpliría la Sentencia *Océano Grupo Editorial* (aptdo. 29), *Cofidis (passim)* y Sentencia *Mostaza Claro* (aptdo. 36), resoluciones que hemos comentado *in extenso* en epígrafe 3.1.1, al cual remitimos.

ra es apreciable de oficio e imprescriptible su reclamación<sup>121</sup>, mientras que la segunda requiere su invocación por el perjudicado en un plazo determinado.

En este sentido, podemos decir que aunque nominalmente el ordenamiento español sancione la abusividad con la nulidad de pleno derecho, el mecanismo para hacerla valer está más próximo a la anulabilidad en sede ejecutiva, pues si bien es cierto que tras la reforma operada por Ley 1/2013 resulta posible tanto la apreciación de oficio del carácter abusivo por el juez conecedor de la demanda ejecutiva (que determinará las consecuencias de tal carácter, art. 561.1.3.<sup>a</sup> LEC) como su alegación por el consumidor (en ejecución ordinaria e hipotecaria, arts. 557.1.7.<sup>a</sup> y 695.1.4.<sup>a</sup> LEC), tanto una como otra están sometidas a condiciones temporales: la apreciación de oficio tan sólo cabe *in limine litis* (art. 552.1. II LEC, incardinado en las normas generales), y la alegación de parte en un plazo de diez días desde la notificación del auto de despacho de ejecución (arts. 557.1 y 681.1 LEC en relación con el art. 556.1 LEC). Pasados esos momentos, la eventual cláusula abusiva seguiría vinculando al consumidor ejecutado, yendo ello en contra de la naturaleza de su sanción, que en teoría habría de operar *ipso iure*, pero *en la práctica ello solo es puramente predicable en proceso declarativo*. Además, recordemos que conforme a la Sentencia *Cofidis* (aptdo. 38) un plazo preclusivo de alegación de cláusulas abusivas se opone a la Directiva 93/13, por lo que el juez nacional, atendiendo al principio de primacía del Derecho de la UE (sobre tal principio *vid.* epígrafe 1.2), podría incluso dejar de aplicar el plazo previsto en art. 556.1 LEC<sup>122</sup>. Y es que la nulidad por abusividad puede obtenerla el consumidor por medio de una acción (en declarativo), una excepción (en declarativo<sup>123</sup> o ejecutivo) o ser favorecido por su apreciación judicial de oficio, pues no necesita ejercitar ninguna de aquellas para obtener tal resultado<sup>124</sup>, y en todo caso ningún límite temporal debe impedirlo.

---

<sup>121</sup> Por todas, STS 14.3.2002, FJ 3.º y doctrina ahí citada.

<sup>122</sup> Apuesta por ello BALLUGERA GÓMEZ, C., «Ejecución de hipoteca de vivienda: alegación de cláusulas abusivas, igualdad de medios de defensa y venta extrajudicial», en *www.notariosyregistradores.com*, 16.9.2013.

<sup>123</sup> Frente a una pretensión de cumplimiento del profesional: en tal supuesto, este podrá pedir un plazo para contestar a la alegación de nulidad idéntico al que tendría en caso de contestación a la reconvencción (art. 408.2 LEC).

<sup>124</sup> En este sentido, TIZZANO, A. (*Conclusiones en el Asunto C-302/04, Ynos kft contra János Varga*, presentadas el 22.9.2012, ECLI: EU: C:2005:576), quien, ante la cuestión de si el art. 6.1 Directiva 93/13 se opone a una normativa nacional en virtud de la cual una cláusula abusiva sólo puede dejar de vincular al consumidor si este la impugna expresamente, sostiene que una respuesta afirmativa se deduce nítidamente de la jurisprudencia del TJ sobre el control de oficio del carácter abusivo (ib., ptos. 73-75), citando tanto la Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdos. 28 y 29, como la Sentencia *Cofidis*, aptdo. 32, en cuya virtud resulta claro que las cláusulas abusivas dejan de vincular al consumidor *ipso iure* sin necesidad de que este las impugne.

Realmente las notas que, en Derecho común, caracterizan la nulidad *ipso iure* han de ser matizadas tras pasar por el filtro del Derecho contractual de consumo. Generalmente se identifica como «definitiva», en el sentido de que, por un lado, el paso del tiempo no la sana, lo que implica que la acción para hacer valer la nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo (sin que prescriba o caduque), y por otro, que no es posible su confirmación, convalidación o subsanación<sup>125</sup>; si tenemos en cuenta la jurisprudencia sobre el art. 6.1 Directiva 93/13, lo primero no sufre cambio alguno respecto al régimen común, pero sí lo segundo, en la medida en que el Tribunal de Justicia reconoce al consumidor, informado por el juez nacional sobre su apreciación de oficio de la abusividad de una cláusula y consiguiente efecto de no vinculación, la posibilidad de manifestar que es contrario a que dicha cláusula se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a la misma (Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 33, Sentencia *Banif Plus Bank*, aptdo. 35).

También se dice de ordinario que la nulidad *stricto sensu*, aunque no precise declaración judicial (de pleno derecho equivale a por obra de la Ley y no por obra de la resolución judicial que la aprecie<sup>126</sup>), *puede instarse por cualquier interesado*, haya sido o no parte en el contrato e incluso el causante de la nulidad puede alegarla<sup>127</sup>, de ahí que en Derecho común se hable de nulidad «absoluta», en contraposición a la anulabilidad o (también llamada aquí) nulidad relativa, que sólo puede hacer valer el sujeto señalado por la norma infringida. Por tanto, de mantenerse tal cual ese carácter absoluto de la nulidad en el campo de las cláusulas abusivas, el profesional también estaría legitimado para alegarla, lo que interferiría en el fundamento de la sanción, cual es la protección del contratante débil<sup>128</sup>.

<sup>125</sup> DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 41.

<sup>126</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Art. 8», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 475, que si bien rechaza que el art. 8 LCGC establezca una ineficacia semejante a la que representa la anulabilidad para la doctrina dominante, advierte que esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva, al igual que ocurre con la que estime la nulidad. Señalan DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 39, que «de pleno derecho», traducción del latín *ipso iure*, es una expresión tradicional que significa que la ausencia de efectos contractuales se produce por obra del mismo Derecho, sin necesidad de ejercitar ninguna acción ni declaración judicial, pero en otros ordenamientos también significa que el juez ha de decretarla siempre que concurran los supuestos de hipótesis legal, frente a casos (nulidad facultativa) en que el juez dispone de un poder de apreciación para concederla o no según su arbitrio (LARROUMET, Ch., *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, París, 1990, p. 511).

<sup>127</sup> DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 40.

<sup>128</sup> La protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque dicho contratante podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato; de ahí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectoras, con legitimación exclusiva a favor del contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez de aquellas cláusulas (GIOIA, G., «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», en *Contr. e impr.*, 3/1999, p. 1334).

Precisamente por ello, la prevista en los arts. 8 LCGC y 83 TRLCU es una nulidad de pleno derecho *relativa*<sup>129</sup>, dado que la legitimación activa para su acción tan solo la ostenta el que está protegido por aquella, esto es, el adherente o consumidor<sup>130</sup>, y sin que esta legitimación restringida sea incompatible con la apreciación judicial de oficio<sup>131</sup>, de hecho se ha afirmado que si se privase al juez de tal posibilidad se correría el riesgo de confundir nulidad relativa y anulabilidad<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> PASQUAU LIAÑO, M., «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 281, en la misma obra «DA 1.ª, 3: Art. 10 bis.2 LGDCU», p. 779, como ya había defendido anteriormente para el caso de consumidores en *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997, p. 243. MIQUEL, *op. cit.*, 2002b, pp. 475 y 476, poniendo el acento en que, si hay normas imperativas relativas como son las que tratan de proteger a una parte y no a otra, la contravención a tales normas puede dar lugar coherentemente a una *nulidad de pleno derecho relativa*; en términos similares, BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 241, para quienes tal nulidad no supone contradicción en los términos: la nulidad es de pleno derecho porque es por obra de la Ley, automática, y a su vez, por el principio de orden público de protección, porque en este ámbito las normas son imperativas relativas, la nulidad de pleno derecho también es relativa.

<sup>130</sup> Art. 8.1 LCGC: «Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente...». Art. 9.1 LCGC: La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales *podrá ser instada por el adherente...*. En el TRLCU la cuestión no resulta tan nítida pues el art. 83 omite cualquier referencia a la legitimación en la acción de nulidad, aunque en la propia definición de cláusula abusiva está incluida la noción de «perjuicio del consumidor» (BUSTO LAGO/PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 240 y 241). Señala CARRASCO PERERA, A. (*Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010, p. 812) que aunque la ley no estableciera que el predisponente no está legitimado para pretender la nulidad de las cláusulas abusivas, es algo que resultaría de la consideración evidente de que las normas que establecen nulidades en beneficio de una clase de contratantes limitan a los miembros de esta clase la legitimación para solicitarla.

<sup>131</sup> Pone objeciones a la apreciación de oficio PASQUAU («Artículos 9 y 10», *op. cit.*, p. 285), y se las rebate MIQUEL (*op. cit.*, 2002b, p. 481), para quien dicha apreciación es posible siempre que no resulte contraria al interés del adherente (ib., p. 478). A favor, pero negando que la decisión judicial a este respecto tenga fuerza de cosa juzgada, SÁNCHEZ LÓPEZ, B./DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 9», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 515, y en proceso ejecutivos sostienen que cabe apreciación *ex officio* (no de la validez de la obligación sino sólo la del título ejecutivo) en base a los arts. 551 y 552 LEC (antes de reforma operada por Ley 1/2013) cuando la nulidad de una condición afectara a la regularidad formal del título (v.g. liquidez o exigibilidad de la deuda).

<sup>132</sup> ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Nápoles, 2003, p. 63. La figura de la «nulidad relativa», como distinta de la anulabilidad («nulidad divisible») ha propuesto CARRASCO, *op. cit.*, 1992, p. 800), se aplica a los casos de nulidad cuya ineficacia, inmediata y total, se limita a determinadas personas. Explica BLANDINO GARRIDO, M. A. («La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. [dir.], *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, p. 260, n. 91), más que contraer la legitimación a ciertas personas, esta variante persigue que no pueda invocar la nulidad la parte a quien no intentaba proteger la norma infringida, de manera que su campo de aplicación son las normas de contenido imperativo o prohibitivo orientadas a la protección de una parte del contrato (normas de *orden público de protección*), respecto de las cuales se estima un contrasentido que puedan derivar, en caso de infracción, en nulidad radical. Sobre esto último, GHESTIN, J. (*Le contrat: formation*, en GHESTIN, J. [dir.], *Traité de Droit Civil*, II, París, 1988, p. 928) ya indicó que una de las ventajas de la distinción entre orden público de dirección y orden público de protección es evitar incongruencias entre nulidad y anulabilidad.

En Italia el *Codice del Consumo* (D. Lg. 206/2005, de 6 septiembre) resuelve en sentido positivo la cuestión relativa a dicha compatibilidad al introducir la noción de «nulidad de protección» (*nullità di protezione*)<sup>133</sup> vía artículo 36 (expresión a la que se acudía aún antes para definir la sanción de las *clausole vessatorie*<sup>134</sup>), que en su aptdo. 3 establece «La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice», esto es, al mismo tiempo que se proclama una nulidad operativa únicamente en beneficio del consumidor (y exclusivamente ejercitada por él<sup>135</sup>), se reconoce expresamente su apreciación de oficio por el juez, que sólo se admite, eso sí, cuando opere en dicho interés<sup>136</sup>. Esa nulidad se configura como un instrumento de tutela tanto del mercado como del contratante débil, donde el interés en cuestión está a caballo entre lo público y lo privado<sup>137</sup>, lo que justificaría el recurso legislativo a la nulidad (con las desviaciones destacadas respecto a la disciplina tradicionalmente ligada a esta) para la protección inmediata y directa (también) del interés privado<sup>138</sup>.

El criterio del interés protegido (público o privado) ha sido utilizado por parte de nuestra doctrina para la distinción entre nulidad y anulabilidad, en tanto que esta última serviría para tutelar intereses privados mientras que la

<sup>133</sup> Al respecto *vid.* GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padua, 2008; D'AMICO, G., «Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)», en Pagliantini, S. (ed.), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, pp. 1-26; GENTILI, A., «La «nullità di protezione»», en *Eur. dir. priv.*, 1/2011, pp. 77-119; MEZZASOMA, L., «Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano», en *Vniversitas*, n.º 128, 2014, pp. 173-198.

<sup>134</sup> Por todos, GENTILI, A., «L'inefficacia delle clausole abusive», en *Riv. dir. civ.*, 1/1997, p. 422. Para un estudio sobre el cambio normativo de calificación del remedio previsto en materia de cláusulas abusivas, puesto en relación con la jurisprudencia europea, *vid.* VALLE, L., «La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione», en *Contr. e impr.*, 6/2011, pp. 1366-1421.

<sup>135</sup> La doctrina italiana interpreta el art. 36.3 *Codice del Consumo* como una regla de legitimación relativa, en cuya virtud sólo el consumidor está legitimado para hacer valer la nulidad, con independencia de la legitimación de oficio del juez para apreciarla en beneficio de aquel. En la nulidad de protección son identificables por tanto esquemas propios de la anulabilidad. Al respecto se ha señalado que el concepto de invalidez adquiere una flexibilidad destinada a trastocar los rígidos esquemas de clasificación dogmática, acercándose a la eliminación de la distinción entre nulidad y anulabilidad, y mostrándose disponible en la recepción de las directivas comunitarias para acoger las formas de ineficacia en sus posibles nuevas acepciones respecto al uso tradicional (PERLINGIERI, P., «Nuovi profili del contratto», en *Rass. dir. civ.*, 3/2000, p. 570).

<sup>136</sup> MEZZASOMA, *op. cit.*, p. 183.

<sup>137</sup> MEZZASOMA, *op. cit.*, p. 180 y p. 181 n. 14: se trata de un interés público, pues está destinado a regular el mercado según las determinaciones del Derecho comunitario, en función de los principios de concurrencia, transparencia y lealtad en las relaciones comerciales, pero el interés en cuestión también tiene relevancia individual, al estar en juego la protección de sujetos que se encuentran en una posición de inferioridad; la composición de estos dos intereses explica la decisión de legislador de recurrir a la nulidad y no a la anulabilidad que es, en cambio, el instrumento utilizado en la tutela de los intereses privados.

<sup>138</sup> FERRONI, L., *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003, p. 20.

nulidad sería más propia de infracciones de normas de orden público<sup>139</sup>. Frente a esto se ha dicho, por un lado, que la nulidad no es una categoría monolítica, que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, sino que depende de la violación de un límite colocado a la autonomía privada<sup>140</sup>; por otro, que en el ámbito de las condiciones generales, y particularmente las cláusulas abusivas, ha de atenderse a una nulidad de pleno derecho plural y flexible, cuyo régimen jurídico pueda modularse y plegarse a la finalidad perseguida por la norma<sup>141</sup>, en este caso garantizar un alto nivel de protección al adherente-consumidor. En la medida en que sirve para restablecer el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en beneficio de aquel, la nulidad trasciende su sentido tradicional (como remedio para la tutela exclusiva de intereses generales), pasando a considerarse una nulidad de pleno derecho *pro parte*, o lo que es lo mismo, una nulidad de protección<sup>142</sup>.

Esta es la idea que subyace tanto en los ACQP como en el DCFR, que al regular los «efectos» de las cláusulas abusivas, establecen su no vinculación para la parte que no las predispuso en arts. 6:306(1) y II.-9:408(1), respectivamente, sanción idéntica a la de la Directiva 93/13 pero prescindiendo del referente de consumo (en lógica consecuencia al hecho de no restringir la noción de abusividad a los contratos B2C).

Pues bien, en dichos preceptos esa carencia vinculatoria significa que la cláusula no produce efectos jurídicos en contra de la otra parte (quien no la predispuso), mientras que podrá ser alegada contra el predisponente si esa parte así lo desea, y es que *la cláusula abusiva no confiere derechos al predispo-*

<sup>139</sup> Como recuerdan DELGADO/PARRA, *op. cit.*, p. 20 (*vid.* ahí los autores que prefieren este criterio frente al del mecanismo para hacer valer la ineficacia como fundamental para la distinción entre nulidad y anulabilidad), para quienes tal criterio, de difícil manejo, sólo sirve de mera aproximación. En la misma línea, BELLO JANEIRO, D. (*La defensa frente a terceros*, Barcelona, 1993, p. 53, n. 34) señala que calificar la sanción en función del interés tutelado no deja de resultar un criterio inseguro y de difícil manejo.

<sup>140</sup> Y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que –en consideración del límite violado– el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder (MAJELLO, U., «La patologia discreta del contratto annullabile», en *Riv. dir. civ.*, vol. 49, n.º 4, 2003, p. 355).

<sup>141</sup> PASQUAU, «Artículos 9 y 10», *op. cit.*, p. 280. En este sentido, SAZARÁ JIMENA, R. («La ley sobre condiciones generales de contratación», en *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, p. 52) critica la remisión que hace el art. 9 LCGC a «las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual» (entendiendo por tal la regulación contenida en los arts. 1300 y ss. CC) para definir el régimen de la acción de nulidad de las condiciones generales, remisión que no duda en calificar de fiasco, pues *se trata de una regulación decimonónica, pensada para contratos individuales y no para la contratación en masa*. Un estudio sobre la naturaleza jurídica de la sanción legal de ineficacia de condiciones generales y cláusulas predispuestas puede verse en PAGADOR, *op. cit.*, 1999, pp. 612-617.

<sup>142</sup> BLANDINO, *op. cit.*, 2012, p. 683.

*nente al tiempo que no excluye ni limita los de la otra parte*<sup>143</sup>, misma interpretación que se ha hecho de la *nullità di protezione*, esto es, que opera sólo en sentido unidireccional, de modo que si las cláusulas atribuyen derechos y deberes al consumidor, la nulidad extingue únicamente las obligaciones a su cargo que causan un desequilibrio significativo, pero no los derechos<sup>144</sup>.

Para ambos instrumentos la parte que no predispuso la cláusula abusiva, especialmente si es un consumidor, no tiene obligación de invocar su carencia vinculatoria en un procedimiento judicial<sup>145</sup>, en línea, por un lado, con la opinión de la Comisión, que en su *Informe de 27.4.2000* ya señaló (p. 20) que el consumidor debe contar con la posibilidad irrenunciable no sólo de invocar el carácter abusivo ante los tribunales sino también de *negarse a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula abusiva sin necesidad de una decisión judicial previa*; por otro lado, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el art. 6.1 Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor y que al respecto *no es necesario que este la haya impugnado previamente con éxito* (Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 28), estando garantizada la no vinculación por la doctrina europea sobre la apreciación de oficio de la abusividad, que es tenida en cuenta por ACQP y DCFR<sup>146</sup>. Por seguir a este último, tanto el FS como la CESL prevén como sanción la no vinculación de la cláusula abusiva para la parte que no la predispuso, sea o no consumidor (arts. 77.1 FS y 79.1 CESL, de idéntica formulación).

Los PECL optan por la sanción de *anulabilidad* en su art. 4:110(1), al establecer que la cláusula abusiva «puede anularse por la parte afectada», sea dicha parte un consumidor o no<sup>147</sup>, fórmula que se desvía de la Directiva 93/13, no obstante se advierte –en su comentario oficial– que en la práctica no difieren, puesto que la «anulación» (*avoidance*, que identifica con «anulabili-

<sup>143</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, pp. 251-252, 2009, p. 337; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:408», p. 655.

<sup>144</sup> CAPOBIANCO, E., «Art. 36», en CAPOBIANCO, E./PERLINGIERI, G., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Nápoles, 2009, p. 203.

<sup>145</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 251, 2009, p. 336; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:408», p. 655.

<sup>146</sup> Para tal doctrina remitimos al epígrafe 3.1.1, respecto a la cual los comentarios oficiales de los arts. 6:306 ACQP (PFEIFFER/EBERS, *op. ult. loc. cit.*) y II.-9:408 DCFR (*Full Edition, op. ult. loc. cit.*) señalan la Sentencia *Océano Grupo Editorial*, Sentencia *Cofidis* y Sentencia *Mostaza Claro*. De hecho, se reconocen como fuentes del art. 6:306 ACQP el art. 6.1 Directiva 93/13, la Sentencia *Océano Grupo Editorial* y la Sentencia *Mostaza Claro* (PFEIFFER/EBERS, *ib.*, 2007, p. 250, 2009, p. 335).

<sup>147</sup> El art. 4:110 no se limita a las cláusulas utilizadas contra los consumidores (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 389).

dad», *voidability*<sup>148</sup>), de acuerdo con los Principios, no exige la intervención judicial<sup>149</sup>.

Ahora bien, la anulación en los PECL está sujeta a condiciones, según el art. 4:113: debe comunicarse a la otra parte y ello en un «plazo razonable», cuyo *dies a quo* será, con carácter general, aquel en que se hubiera tenido –o debido tener– conocimiento de los hechos relevantes o, existiendo violencia o intimidación, en que se pueda actuar libremente, y con carácter específico, para anular una cláusula conforme al art. 4:110 (*ergo* cláusula abusiva), aquel en que esta se invoque (por el predisponente, lógicamente). Esto último se justifica, vía comentario oficial del art. 4:113, indicando que a menudo la parte (el adherente) no advierte con claridad que vaya a sufrir un perjuicio, pudiendo depender de si la otra parte alega la cláusula y en qué términos o de qué modo la alega, de ahí que resulte justo permitir que la parte potencialmente perjudicada espere para ver qué sucede; a lo cual se añade que si, pudiéndose anular la cláusula, se llegara a un acuerdo con la otra parte para resolver el conflicto, se perderá la posibilidad de anularla, no por pérdida del derecho de anulación, sino por quedar obligado por el acuerdo alcanzado<sup>150</sup>. Se advierte, no obstante, que la regla de confirmación prevista en art. 4:114<sup>151</sup> no resultará aplicable en caso de que la parte tenga derecho a anular una cláusula abusiva, porque sabe que podría anularla y puede esperar para ver si la otra parte la alega<sup>152</sup>.

Finalmente nos referiremos a la PMCC, que, frente a la claridad con que el legislador se refiere a la nulidad en arts. 8 LCGC y 83 TRLCU como *de pleno derecho*, emplea la escueta expresión «serán nulas» respecto a las cláusulas no negociadas individualmente que resulten abusivas (art. 1262.1 PMCC), lo que *a priori* deja abierta la interpretación sobre su sanción. Bien es cierto que, despejadas eventuales dudas, la PMCC regula nítidamente el régimen aplicable a la nulidad (art. 1296) y la anulación contractual (arts. 1297-1309), lo cual es loable ante la confusa regulación de las «nulidades» *ex* arts. 1300-1314 CC<sup>153</sup>, contraponiendo la PMCC lo nulo a lo anulable

<sup>148</sup> Vid. LANDO/BEALE, *op. cit.*, pp. 268-269 (Comment C.).

<sup>149</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», p. 387.

<sup>150</sup> LANDO/BEALE, *op. cit.*, pp. 275 y 276.

<sup>151</sup> «Si la parte que tenía derecho a anular un contrato lo confirma expresa o tácitamente, tras haber sabido que había una causa de anulabilidad o tras resultar libre para actuar, el contrato ya no podrá anularse».

<sup>152</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:114 – Comentario», p. 400.

<sup>153</sup> Regulación que se describe como «confusa, imprecisa y lagunosa» (GORDILLO, *op. cit.*, 1990, p. 935), como «un campo lleno de ambigüedades y dudas» (SARAZÁ, *op. cit.*, p. 52), y realmente no es para menos, pues a pesar de ser la «nulidad» el único nombre que figura en la rúbrica del Capítulo IV, Título II, Libro IV CC, es unánime la opinión de que también comprende la figura de la anulabilidad, como recuerda BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 246, n. 33), señalando que la ausencia de un tratamiento completo y rigu-

y distinguiendo entre títulos, obligaciones y contratos que son nulos (arts. 1166, 1219, 1238 y 1296) y aquellos que resultan anulables o que pueden ser anulados (arts. 1166, 1229, 1265.7, 1291-1309); precisamente se ha dicho que un régimen tan diáfano permite entender que estamos, respecto aquella sanción, ante una nulidad de pleno derecho<sup>154</sup>, en cuyo caso, conforme a la Propuesta, sería imprescriptible su acción (art. 1296.1 *in fine*), no susceptible de convalidación (art. 1296.3), y declarable *a instancia de cualquier persona con interés legítimo* (art. 1296.1).

Sobre esto último, si se descartara al predisponente (por entender que carece de interés legítimo), podría ejercitar la acción de nulidad de las cláusulas abusivas, según la PMCC, no sólo el adherente sino también «las entidades constituidas en España o en otro país de la Unión Europea para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos relacionados con esta materia» (art. 1263.2). Nótese que tal previsión legitimadora se refiere a «*la declaración judicial de no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales y la nulidad de las mismas por su carácter abusivo*» (art. 1263.1), esto es, a las *acciones individuales*, y no a las colectivas, pues la «acción de cesación contra la utilización de cláusulas abusivas», cuyo ejercicio también se reconoce a dichas entidades, se regula aparte (art. 1264). Esto supone una divergencia respecto al actual sistema, en el que las acciones *ex arts. 7 y 8 LCGC* –no incorporación y nulidad– corresponden al adherente (art. 9 LCGC), mientras que las previstas en art. 12 LCGC (53 TRLCU) pueden ser ejercitadas por las entidades contempladas en art. 16 LCGC (54 TRLCU), cuestión distinta es que a raíz de entablarse acciones colectivas llegue a declararse judicialmente la nulidad<sup>155</sup>.

Al respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, por un lado, que el art. 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con su art. 7.2 –acciones colectivas–, debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de una acción de cesación, haya sido declarada abusiva una cláusula de las condiciones generales, los tribunales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las

---

roso de la invalidez ha generado un régimen jurídico de acuñación eminentemente doctrinal y jurisprudencial. En este sentido, DELGADO/PARRA (*op. cit.*, pp. 1 y 2) advierten que el legislador trata a la anulabilidad como la categoría principal y básica de la invalidez contractual, regulándola con rasgos originales en los arts. 1300 y ss. CC bajo el nombre de «nulidad», mientras que la nulidad de pleno derecho es pura elaboración jurisprudencial y doctrinal con fundamento, desde 1974, en el art. 6.3 CC (antes, art. 4 CC).

<sup>154</sup> BLANDINO, *op. cit.*, 2011, p. 247.

<sup>155</sup> Esto no presupone, lógicamente, la legitimación de dichas entidades para entablar una acción individual de nulidad, esto es, para instarla respecto a un concreto contrato y en interés de un determinado sujeto, con independencia de que sí lo estén para el ejercicio colectivo de las pretensiones individuales de restitución e indemnización que, accesoriamente, se acumulen a la acción de cesación (art. 12.2. II LCGC), restitución y reparación que derivarían de la aplicación del clausulado que se declare nulo.

consecuencias previstas por el Derecho interno, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones no resulten vinculados por dicha cláusula (Sentencia *Invitel*, aptdo. 44). Por otro lado, que las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en dicha Directiva (STJ 14.4.2016, *Sales Sinués*, C-381/14 y C-385/14 –en adelante, Sentencia *Sales Sinués*–, aptdo. 30).

B) EFICACIA RETROACTIVA DE LA DECLARADA NULIDAD POR ABUSIVIDAD Y SU DISCUTIDA LIMITACIÓN: DE LA STS 9.5.2013 A LA SENTENCIA *GUTIÉRREZ NARANJO Y OTROS*

Guarda silencio la Directiva 93/13 sobre la materialización de los efectos jurídicos concretos de la declaración de abusividad del clausulado contractual, limitándose su art. 6.1 a ordenar la carencia vinculatoria para el consumidor (tratada en el precedente epígrafe) y las consecuencias sobre el resto del contrato (de lo cual nos ocuparemos en el siguiente epígrafe). En principio se trataría pues de una materia a determinar por el correspondiente régimen nacional de los Estados Miembros.

Los instrumentos modernizadores tampoco cuentan con previsiones específicas a este respecto en sede de cláusulas abusivas, por lo que se ha de acudir a sus reglas sobre nulidad/anulación contractual. Así, declarado nulo o anulado el contrato o parte del mismo, contemplan la recíproca restitución por los contratantes los PECL, bajo el precedente de los PICC, y el CEC, estos dos últimos textos con previsión específica sobre la eficacia retroactiva de dicha declaración<sup>156</sup>. Por su parte, el DCFR recoge expresamente la retroactividad

---

<sup>156</sup> Decía el art. 3.17 PICC 1994, en su aptdo. 1, que «la anulación tiene efectos retroactivos», y en su aptdo. 2, que «en caso de anulación, cualquiera de las partes puede reclamar la restitución de lo entregado conforme al contrato o a la parte del contrato que haya sido anulada, siempre que dicha parte restituya al mismo tiempo lo que recibió en base al contrato o a la parte del contrato que fue anulada»; previsiones que en los PICC 2010 aparecen recogidas de forma separada en art. 3.2.14 y art. 3.2.15(1), respectivamente. Por su parte, dice el art. 141.1 CEC que «la nulidad determina la ausencia, desde su origen, de cualquier efecto que sea en el plano contractual, abstracción hecha de las obligaciones de resti-

de los efectos de la anulación, mientras que remite a las reglas sobre enriquecimiento injusto para determinar si cada parte tiene derecho a restitución; y por seguir al DCFR, tanto el FS como la CESL usan el sistema de previsión directa para la retroactividad y de remisión para la restitución<sup>157</sup>. En todos estos textos, de forma expresa o tácita, si el contrato es anulado se considerará como si este, o la parte del mismo que se anula, no hubiera producido ningún efecto; en consecuencia, lo que es nulo deberá declararse así con efecto retroactivo.

En lo que respecta al sistema español, parte de que la ineficacia de los contratos –o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste– exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, evitando así que de los mismos se deriven efectos, conforme al clásico brocardo *quod nullum est nullum effectum producit*. Así lo dispone el art. 1303 CC (regla recogida en art. 1306 PMCC<sup>158</sup>), según el cual «*declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses*». La declaración de nulidad actúa *ex tunc*, removiendo los efectos de la estipulación contractual de manera retroactiva desde la celebración del contrato que la contemplaba.

Esta regla rige también en el caso de la nulidad de cláusulas abusivas, pues, como señaló el Tribunal Supremo, el CC y la LCGC vinculan a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia *restitutio in integrum*, consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, pues esta se queda sin causa que la justifique; se trata

---

tación contenidas en el artículo 160», y el art. 147.1 CEC que «la anulación invalida el contrato con efecto retroactivo, es decir a partir de su conclusión, y las dos partes vienen obligadas a proceder a las restituciones recíprocas correspondientes como lo prevé el artículo 160». Siguiendo la primigenia regla de los PICC sobre la restitución, el art. 4:115 PECL dispone que «en caso de anulación, cada parte podrá reclamar la restitución de lo que entregó como consecuencia del contrato, devolviendo a su vez lo que hubiera recibido a cambio», y aunque no hace lo mismo respecto a la retroactividad, recoge esta idea en su comentario oficial al señalar que «la anulación supone invalidar el contrato, o la parte del mismo que se haya anulado, como si nunca hubiera existido» (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:115 – Comentario», p. 401).

<sup>157</sup> Dice el art. II.-7:212 DCFR, en su aptdo. 1, que «los contratos susceptibles de ser anulados (...) serán válidos hasta el momento de su anulación, pero a partir de entonces serán declarados nulos con efecto retroactivo», igual que los arts. 52.1 FS (55.1 *FS rev.*) y 54.1 CESL; y en su aptdo. 2, que «las normas sobre enriquecimiento injustificado regulan la cuestión de si las partes pueden reclamar la restitución de aquello que transmitieron o entregaron en virtud de un contrato anulado», lo mismo que los arts. 52.3 (55.3 *FS rev.*) y 54.3 CESL con la diferencia de remitir estos al respectivo capítulo de «las normas sobre restitución».

<sup>158</sup> Que en su aptdo. 1 dice que «declarado nulo o anulado el contrato, los contratantes deben restituirse recíprocamente las prestaciones que hubieran recibido en virtud del mismo», y que si no es posible la devolución en especie «deberá restituirse su valor», restitución del valor que prevé el vigente art. 1307 CC.

del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente<sup>159</sup>. Principio que resaltó la Comisión Europea al afirmar que «la decisión judicial por la que se declara abusiva una cláusula determinada debe retrotraer sus efectos al momento de la conclusión del contrato (*ex tunc*)»<sup>160</sup>.

Expuesta la regla de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, procede analizar si cabe su eventual limitación y la compatibilidad de tal hipótesis, especialmente en caso de apreciación de abusividad, con el Derecho de la Unión.

Para ello, partiremos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de limitar en el tiempo los efectos de sus sentencias de interpretación, habida cuenta del principio de retroactividad de estas<sup>161</sup>. Al respecto, dicho Tribunal ha advertido que solo con carácter excepcional puede, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico europeo, verse inducido a limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe<sup>162</sup>. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren *dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves*<sup>163</sup> para el Estado<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> STS 13.3.2012, FJ 9.º, recordando que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula que contienen esos preceptos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra.

<sup>160</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Informe de 27.4.2000*, III.4, p. 20. Lo cita, y también la doctrina jurisprudencial antes expuesta, la STS 9.5.2013, aptdos. 284 y 285.

<sup>161</sup> Al principio de retroactividad de las sentencias de interpretación del Derecho europeo se refiere la STJ 11.8.1995, *Roders y otros*, asuntos acumulados C-367/93, C-368/93, C-369/93, C-370/93, C-371/93, C-372/93, C-373/93, C-374/93, C-375/93, C-376/93 y C-377/93 (en adelante, Sentencia *Roders y otros*), aptdo. 44.

<sup>162</sup> SSTJ 27.3.1980, *Denkavit italiana*, 61/79 (en adelante, Sentencia *Denkavit italiana*), aptdo. 17; 2.2.1988, *Blaizot y otros*, 24/86 (en adelante, Sentencia *Blaizot y otros*), aptdo. 28; 2.2.1988, *Barra y otros*, 309/85 (en adelante, Sentencia *Barra y otros*); aptdo. 12; 16.7.1992, *Legros y otros*, C-163/90 (en adelante, Sentencia *Legros y otros*), aptdo. 30; 24.9.1998, *Comisión/Francia*, C-35/97 (en adelante, Sentencia *Comisión/Francia*), aptdo. 49; 4.5.1999, *Sürül*, C-262/96 (en adelante, Sentencia *Sürül*), aptdo. 108; 23.5.2000, *Buchner y otros*, C-104/98, aptdo. 39; 20.9.2001, *Grzelczyk*, C-184/99 (en adelante, Sentencia *Grzelczyk*), aptdo. 51; 15.3.2005, *Bidar*, C-209/03 (en adelante, Sentencia *Bidar*), aptdo. 67; 6.3.2007, *Meillicke y otros*, C-292/04, aptdo. 35; 19.7.2012, *Redlihs*, C-263/11 (en adelante, Sentencia *Redlihs*), aptdo. 40.

<sup>163</sup> SSTJ 28.9.1994, *Vroeghe*, C-57/93, aptdo. 21; 12.10.2000, *Cooke*, C-372/98, aptdo. 42; 10.1.2006, *Skov y Bilka*, C-402/03, aptdo. 51; 30.3.2006, *Uudenkaupungin kaupunki*, C-184/04, aptdo. 55; 5.10.2006, *Nádasdi*, C-290/05 y C-333/05, aptdo. 63; 18.1.2007, *Brzezinski*, C-313/05 (en adelante, Sentencia *Brzezinski*), aptdo. 56; 3.6.2010, *Kalinchev*, C-2/09 (en adelante, Sentencia *Kalinchev*), aptdo. 50; Sentencia *Redlihs*, aptdo. 59; Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 59.

<sup>164</sup> Como puntualiza TRSTENJAK (*op. cit.*, 2012b) a la vista de la jurisprudencia europea, que cita en el pto. 100 de sus Conclusiones sobre el asunto en que recayó la Sentencia *RWE Vertrieb*.

En efecto, según reiterada doctrina del Tribunal de Justicia, las *consecuencias financieras que podrían derivarse para un Estado miembro* de una sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esa sentencia<sup>165</sup>. Más concretamente, el Tribunal de Justicia únicamente ha recurrido a esta solución en circunstancias muy determinadas, cuando existía un *riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe* sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones europeas, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados Miembros o por la Comisión<sup>166</sup>.

Como puede colegirse, en asuntos entre consumidores y empresas del *sector privado*, que versen sobre la abusividad del clausulado contractual (interpretando pues el TJ las disposiciones de la Directiva 93/13), difícilmente existirían elementos que pudieran justificar una limitación temporal de los efectos de la sentencia que apreciare un desajuste con las exigencias del Derecho de la UE, pues tratándose de un litigio entre particulares no cabría hablar de trastornos graves para el Estado en el sentido antes señalado, en cuyo caso sería innecesario comprobar la concurrencia del otro requisito relativo a la buena fe de los círculos interesados –como se deduce de la Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 63, luego los dos requisitos que excepcionalmente amparan esa limitación deben darse de forma cumulativa–; no obstante, si se declarase el carácter abusivo, tampoco cabría hablar de buena fe de los interesados en dicha limitación, pues serían empresas que entonces habrían constituido sus relaciones contractuales usando cláusulas abusivas.

De hecho, cuando en ese contexto se le planteó al Tribunal de Justicia la posibilidad de excepcionar el principio de retroactividad de sus sentencias, la respuesta fue negativa; así aconteció en la Sentencia *RWE Vertrieb* (*vid.* aptdos. 56-64), donde tal Tribunal desatendió la solicitud que a tal fin, y so pretexto de graves consecuencias financieras que podrían producirse respecto a un gran

---

<sup>165</sup> Sentencia *Grzelczyk*, aptdo. 52; Sentencia *Bidar*, aptdo. 68; STJ 27.4.2006, *Richards*, C-423/04 (en adelante, Sentencia *Richards*), aptdo. 41; Sentencia *Brzezinski*, aptdo. 58; Sentencia *Kalinchev*, aptdo. 52; Sentencia *Redlihs*, aptdo. 61.

<sup>166</sup> Sentencia *Roders y otros*, aptdo. 43; Sentencia *Grzelczyk*, aptdo. 53; Sentencia *Bidar*, aptdo. 69; Sentencia *Richards*, aptdo. 42; Sentencia *Brzezinski*, aptdo. 57; Sentencia *Kalinchev*, aptdo. 51; Sentencia *Redlihs*, aptdo. 60.

número de contratos de suministro de gas en Alemania (con el correlativo déficit de las empresas afectadas), hicieron el Gobierno alemán y la suministradora demandada (RWE). En dicha sentencia, enmarcada en el ámbito de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia siguió la opinión del Abogado General en este punto, pero sin emplear la claridad expositiva de TRSTENJAK, quien haciéndose eco de la jurisprudencia europea antes vista, señaló que en el asunto examinado no se cumplía el requisito de trastornos graves para el Estado, habida cuenta de que «*la demandada es una empresa del sector privado, aun cuando una parte considerable de su capital esté en manos del poder público*»<sup>167</sup>.

La exigua claridad de la Sentencia *RWE Vertrieb*, al fundamentar la improcedencia de limitar sus efectos, fue enlazada por el Tribunal Supremo como corolario para tratar de justificar la irretroactividad de su famosa STS 9.5.2013, donde declaró la nulidad de las cláusulas suelo insertas en préstamos hipotecarios de un banco y dos cajas de ahorro<sup>168</sup>. Como es de ver en el punto relativo a la posibilidad de limitar la retroactividad de la declaración de nulidad (FJ 17.º, pto. 2.3, de la STS 9.5.2013), concretamente en el aptdo. 292, se cita esa sentencia europea de forma quirúrgica, esto es, el pasaje donde el Tribunal de Justicia *recuerda* los requisitos –buena fe y trastornos graves– señalados por su jurisprudencia (Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 59), obviando el Tribunal Supremo que ni esa resolución del Tribunal de Justicia ni la doctrina de este han admitido la excepción al principio de retroactividad en el marco de una relación contractual privada, como era el que ocupaba a la referida sentencia de casación.

A pesar de ello, nuestro Alto Tribunal dio a entender con tal cita que su decisión estaría amparada en la doctrina del Tribunal de Justicia, acaso en un intento de apuntalar su batería argumental sobre la posibilidad de limitar el efecto retroactivo, que, desde el punto de vista normativo, basó el Tribunal

---

<sup>167</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012b, pto. 100. Por ser la suministradora de gas RWE una empresa privada –aunque tuviera participación pública– «*no se puede hablar de trastornos graves en el sentido antes descrito*».

<sup>168</sup> Concretamente, BBVA, Cajamar y NCG (hoy Abanca). Privadas las tres entidades, con la diferencia de que, en el antiguo modelo, las cajas de ahorro eran fundaciones cuya asamblea general estaba formada por representantes de las corporaciones municipales y de las administraciones autonómicas donde se hallaban ubicadas. A esas entidades se sumaron después Cajasur (antes BBK Bank Cajasur) y Banco Popular, al confirmar las SSTS 24.3.2015 y 23.12.2015, resp., los fallos de segunda instancia (SAP Córdoba 21.5.2013 y SAP Madrid 26.7.2013, resp.) sobre la nulidad de cláusulas suelo presentes en préstamos hipotecarios de ambas entidades, mas en estos casos no hubo pronunciamiento acerca de la eficacia restitutoria de la nulidad apreciada, a diferencia de la STS 9.5.2013, que pudiera haber incurrido por ello, a la vista del art. 12.2. II LCGC, en incongruencia *extra petita*, pues en ninguna de las tres demandas se acumularon a las respectivas acciones de cesación accesorias reclamaciones de devolución.

Supremo en el art. 9.3 CE, principio de seguridad jurídica del que claramente se apartó al inaplicar el art. 1303 CC, cual es la norma que rige en Derecho contractual privado sobre la declaración de nulidad, y aludir en cambio a normas que ninguna relación tenían con el caso examinado, en una suerte de aplicación analógica que vendría en consecuencia prohibida por el art. 4.1 CC<sup>169</sup>; y desde el punto de vista extrajurídico se arguyó que «*es notorio* que la retroactividad de la sentencia generaría el *riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*»<sup>170</sup> [aptdo. 293.k), cursivas nuestras]. Con tales mimbres, terminó declarando el Tribunal Supremo la irretroactividad de la STS 9.5.2013 «de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia» (aptdo. 294).

El hecho de que se exceptionara la regla del art. 1303 CC, de forma tan poco sólida y nada menos que por el Tribunal Supremo en Pleno (sentando pues doctrina), negándose así a los consumidores la *íntegra* restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas declaradas nulas, causó estupefacción entre la comunidad jurídica y, lo más grave (y paradójico, vista la invocación hecha al art. 9.3 CE), una tremenda inseguridad jurídica ante la disparidad de criterios mantenidos por la jurisprudencia menor a raíz del *extraño constructo argumental de una «nulidad sin retroactividad»*<sup>171</sup> elaborado *ad hoc* por el máximo órgano judicial español.

En efecto, los tribunales inferiores se dividieron entre los que pretendieron seguir la línea marcada por el Tribunal Supremo, disponiendo que la nulidad declarada no afectaría a los pagos efectuados a fecha de la correspondiente resolución de instancia sino a los posteriores; los que interpretaron que sería posible una parcial retroacción de efectos, entendiendo preceptiva la devolu-

<sup>169</sup> Como es de ver en el aptdo. 287 STS 9.5.2013, se conecta el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE con el art. 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y en el aptdo. 288, con los arts. 114.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, y 54.2 de la Ley 17/2001, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial. Ninguna de las normas citadas podría ser de aplicación analógica porque esta solo procede cuando existe una laguna legal (art. 4.1 CC), y no era este el caso, porque la norma aplicable a la nulidad de una obligación contractual privada es indiscutiblemente el art. 1303 CC.

<sup>170</sup> Crítica MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, p. 44, que el TS mezcle directamente Derecho privado y economía «ignorando, aunque conscientemente, que no puede excusar la aplicación de la ley porque los deudores –en este caso, los bancos– experimenten al cumplirla dificultades económicas».

<sup>171</sup> Como calificó CARRASCO PERERA, A. («La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación», en *Centro de Estudios de Consumo*, 3.3.2014, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)) a la «solución transaccional» que trató de ofrecer el TS para no enojar «por completo a ninguna de las dos partes».

ción, no desde el momento en que operaba la cláusula declarada nula, sino desde la STS 9.5.2013; y los que reconocieron una plena eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, ya fuera bajo el expediente de que esa sentencia resolvía una acción colectiva, de manera que su pronunciamiento sobre la irretroactividad no sería aplicable cuando se ejercitaran acciones individuales<sup>172</sup>, ya fuera por negarse abiertamente a seguir una jurisprudencia que, a su juicio, colisionaría con la norma aplicable *ex lege* (fuente de rango prevalente), con la doctrina del Tribunal de Justicia (primacía del Derecho de la Unión) o con el derecho de tutela judicial efectiva<sup>173</sup>.

Frente al abanico de resoluciones contradictorias de las Audiencias, el Tribunal Supremo vino posteriormente a fijar cuál fue el contenido de su decisión respecto a los efectos de la declaración de nulidad, lo que hizo en la STS 25.3.2015, dictada en Pleno, donde sentó que cuando por un tribunal se declarase abusiva, y por ende nula, una cláusula suelo en aplicación de la doctrina de la STS 9.5.2013 (ratificada por SSTS 8.9.2014 y 24.3.2015), los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad no se retrotraerán a la fecha de suscripción sino al 9.5.2013, fecha de publicación de esa sentencia<sup>174</sup>.

Además de fijar como doctrina lo antedicho, la STS 25.3.2015 reveló (FJ 9.º, pto. 3) que fue en la Sentencia *RWE Vertrieb* donde el Tribunal Supremo encontró los «elementos básicos» para fundar la irretroactividad de su STS 9.5.2013, aclarando que: i) el «riesgo de trastornos graves» para el orden público económico –del que hablara en el aptdo. 293.k) de su sentencia de 2013– se produciría tanto en la acción colectiva de cesación como en la individual de nulidad<sup>175</sup>, siendo intrascendente diferenciar entre ambas respec-

<sup>172</sup> Un recorrido de las sentencias de las AAPP que creyeron seguir la doctrina del TS, total o parcialmente, y de las que no lo hicieron basándose en esa línea interpretativa, puede verse en RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?», en *RAD*, n.º 6/2015, versión electrónica, BIB 2015\1834.

<sup>173</sup> Como recuerda CARRASCO, *op. ult. cit.*, p. 2.

<sup>174</sup> El aptdo. 4 del fallo de la STS 25.3.2015 reza así: «Se fija como doctrina: *Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 (sic), Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013*». Cuando habla de la sentencia de 16 de julio se está refiriendo a la STS 8.9.2014 (recurso 1217/2013), pero erróneamente la cita por la fecha, no de dictado, sino de su deliberación y votación.

<sup>175</sup> «Pretender que en la acción individual no se produzca meritado riesgo no se compadece con la motivación de la sentencia, pues el conflicto de naturaleza singular no es ajeno al conjunto de procedimientos derivados de la nulidad de las cláusulas suelo incorporadas en innumerables contratos origen de aquellos (...). Y esa fue la razón que retuvo la Sala en su sentencia. La afectación al orden público económico no nace de la suma a devolver en un singular procedimiento, que puede resultar ridícula en términos macroeconómicos, sino por la suma de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto» (STS 25.3.2015, FJ 9.º, pto. 4).

to a la limitación del debido efecto devolutivo <sup>176</sup>; ii) a fecha de la sentencia de 2013 había «buena fe de los círculos interesados» <sup>177</sup>, de la que en cambio no cabe hablar a partir de publicarse aquella, «*pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes*», posibilitándoles desde entonces, de acuerdo con los criterios determinantes de la abusividad por falta de transparencia detallados en dicha sentencia, la indagación de si la cláusula en cuestión es o no transparente, de modo que las sentencias que aprecien su abusividad por ese concreto motivo «*tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica*» (STS 25.3.2015, FJ 10.º).

Seguidamente se dictó la STS 29.4.2015 que vino a ratificar (FJ 15.º) lo establecido por sus antecesoras sobre las consecuencias de la declaración de nulidad, con especial énfasis en la irretroactividad de la nulidad respecto a los pagos realizados –en virtud de la cláusula anulada en tanto abusiva por no transparente– antes del 9.5.2013, que declarase la STS 25.3.2015 de modo generalizado para todo consumidor adherente, viniera o no afectado por la acción colectiva que fue objeto de la sentencia de 2013. Ahora bien, las SSTS de marzo y abril de 2015 contaron con sendos votos particulares muy críticos al respecto, poniendo los Magistrados discrepantes el acento en que, al darse una «insostenible equiparación sustantiva» entre la acción individual y la colectiva (donde encontraría cobijo la posible afectación del orden público económico), podría quedar desnaturalizado el ejercicio propio de la individual, que constituye la médula de la protección dispensada legalmente al consumidor, resultando inasumible, *por muchos «círculos» que se quieran realizar*, que el principio de buena fe, al servicio del consumidor adherente, opere en contra del mismo sobre aspectos de la relación comercial predispuesta con anterioridad al 9.5.2013 (caso del efecto devolutivo de las sumas abonadas antes

---

<sup>176</sup> Dice la STS 25.3.2015, FJ 7.º, que tal distinción no se contempla en la STS 9.5.2013, y que «*no resulta trascendente, al efecto aquí debatido, que se trate de una acción colectiva o de una individual, puesto que el conflicto jurídico es el mismo y estamos en presencia de una doctrina sentada por la repetida sentencia para todos aquellos supuestos en que resulte, tras su examen, el carácter abusivo de una cláusula suelo inserta en un préstamo de interés variable cuando se den las circunstancias concretas y singulares que el Tribunal Supremo entendió que la tiñen de abusiva, debiendo ser, por ende, expulsada del contrato*» (STS 25.3.2015, FJ 7.º).

<sup>177</sup> Según se colige –dice ahora la de 2015, FJ 9.º, pto. 5– de los «argumentos» recogidos en las letras a) a j) del aptdo. 293 STS 9.5.2013, que «*se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitía conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social*».

de tal fecha) y con independencia del cauce procesal seguido para lograr esa protección<sup>178</sup>.

Habiendo establecido la STS 9.5.2013, en el marco de una acción colectiva de cesación, las premisas por las que debía entenderse improcedente la retroacción de efectos de la nulidad declarada, y matizándose en la STS 25.3.2015 que, respecto a las sentencias del resto de tribunales que declarasen la nulidad conforme a los criterios expresados en aquella primera, tal declaración tendría efectos retroactivos pero solo desde el 9.5.2013, ya se tratase de una acción colectiva o individual; lo relevante y criticable, a nuestro parecer, no fue tanto ese tratamiento indiferenciado de acciones que hizo el Tribunal Supremo al excepcionar (total o parcialmente) la regla del art. 1303 CC, sino la excepción misma, por basarse en unos elementos no previstos en nuestro ordenamiento jurídico y a pesar de ello decisivos para fundamentar su decisión (como reconoció la sentencia plenaria de 2015), elementos tomados de la Sentencia *RWE Vertrieb* con abstracción de su significado y alcance en la jurisprudencia europea, hasta el punto de que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitada eficacia de la declaración judicial podía ser contraria al Derecho de la Unión, señaladamente, a la Directiva 93/13 y jurisprudencia que la interpreta.

Así lo entendieron los Magistrados ORDUÑA MORENO y O'CALLAGHAN MUÑOZ en el voto particular a las SSTS 25.3.2015 y 29.4.2015<sup>179</sup>, y los titulares de varios tribunales que plantearon cuestiones prejudiciales europeas ante esa doctrina del Tribunal Supremo. Concretamente, el JM n.º 1 Granada, por auto de 25.3.2015, cuya petición se identificó en el Tribunal de Justicia como asunto C-154/15; la AP Alicante, mediante autos de 10 y 15 de junio de 2015, asuntos C-307/15 y C-308/15 que se acumularon primero entre sí y más tarde (por resolución del Presidente del TJ de 21.10.2015) junto al previo C-154/15

---

<sup>178</sup> FJ 1.º voto particular a la STS 29.4.2015, formulado por ORDUÑA MORENO, y FJ 6.º voto particular a la STS 25.3.2015, formulado por aquel y al que se adhiere O'CALLAGHAN MUÑOZ.

<sup>179</sup> Vid. FJ 7.º voto particular a la STS 25.3.2015 (formulado por ORDUÑA y al que se adhiere O'CALLAGHAN), y FJ 1.º voto particular a la STS 29.4.2015 (formulado por ORDUÑA) que de forma expresiva dice «el dictado de una sentencia creadora de una auténtica norma general, sin cobertura legal para ello, y frontalmente contraria tanto a la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril, como a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la desarrolla en este ámbito de su aplicación» (cursivas nuestras), palabras que el autor del voto particular reproduce más tarde al valorarlo en clave científica, valoración que apunta a la revisión de la doctrina sentada por la STS 25.3.2015, que supone «un paso atrás muy cualificado pues no sólo yerra en la fundamentación técnica de la categoría de la ineficacia contractual que realmente se deriva del carácter abusivo de la cláusula sino que, además, y esto resulta un más relevante, desnaturaliza la correcta configuración jurídica ya alcanzada respecto de la proyección y alcance del control de transparencia en la contratación seriada, STS de 8 de septiembre de 2014»: ORDUÑA MORENO, F. J., «Condiciones generales, control de transparencia e ineficacia contractual», en ORDUÑA MORENO, F. J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016 (libro electrónico), pp. 114-115 y 120.

a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia –que sería la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*–; la AP Castellón, vía auto de 7.7.2015, tramitado como asunto C-349/15; la AP Zamora, por auto de 13.7.2015, seguido como asunto C-381/15; la AP Cantabria, mediante auto de 17.7.2015, que dio lugar al asunto C-431/15; la AP Álava, vía auto de 22.9.2015, seguido como asunto C-525/15; y la AP La Coruña, por auto de 4.1.2016, tramitado como asunto C-1/16.

Las cuestiones formuladas ponían en tela de juicio la compatibilidad de limitar los efectos retroactivos de la declarada nulidad por abusividad con los arts. 6.1 (principio de no vinculación) y 7.1 (objetivo de poner fin al uso de clausulado abusivo) de la Directiva 93/13 y jurisprudencia que los interpreta. Los argumentos aducidos para su planteamiento eran, en suma, los siguientes:

i) No se conseguiría el efecto útil de dicha Directiva, cual es disuadir a los profesionales de usar cláusulas abusivas, ni por ende el objetivo a largo plazo previsto en su art. 7.1, si aquellos comprueban que, a pesar de declararse nula la cláusula, se mantienen en parte los efectos producidos con su indebida aplicación<sup>180</sup>;

ii) Quebraría la no vinculación de la cláusula abusiva al consumidor que ordena el art. 6.1 Directiva 93/13, si, en vez de eliminar todos sus efectos como si nunca hubiera existido, se admite una retroacción de la nulidad limitada temporalmente, esto es, que la cláusula despliegue su eficacia, en perjuicio del consumidor, durante el periodo de tiempo transcurrido desde la celebración del contrato hasta aquel en el que se fija el comienzo de los efectos restitutorios<sup>181</sup>;

iii) Esa vinculación parcial de la cláusula abusiva, que de facto operaría contra lo dispuesto en la Directiva, podría además suponer una suerte de moderación o integración que prohíbe la jurisprudencia europea en sede de cláusulas abusivas<sup>182</sup> (sobre tal prohibición, y su excepción, remitimos infra, epígrafe 3.2.2. C), así como un enriquecimiento injusto de quien incluyó la cláusula que rompió el equilibrio contractual así no restablecido<sup>183</sup>;

iv) En cuanto a los elementos que el Tribunal Supremo tomó de la Sentencia RWE Vertrieb para fundar su doctrina, resultaría cuestionable, por un lado, que se pueda reputar de buena fe a quien de forma difusa impone una

<sup>180</sup> Autos de la AP Alicante 10.6.2015, aptdo. 95, y 15.6.2015, aptdo. 77.

<sup>181</sup> AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º.

<sup>182</sup> AJM nº 1 Granada 25.3.2015, FJ 4º; AAP Alicante 10.6.2015, aptdo. 96, y 15.6.2015, aptdo. 78; AAP Zamora 13.7.2015, aptdo. 6; AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º. También, voto particular, FJ 7º, a STS 25.3.2015.

<sup>183</sup> AAP Zamora 13.7.2015, aptdo. 7.

cláusula en su propio interés y sin facilitar la debida información de sus negativos efectos; por otro lado, que el criterio en que nuestro Alto Tribunal sustenta el supuesto riesgo de trastornos graves sea la «notoriedad» del hecho y que la configuración del orden público económico la haga sólo desde la perspectiva del quebranto patrimonial del profesional, omitiendo el que puede suponer para el consumidor no obtener la íntegra restitución de lo indebidamente pagado<sup>184</sup>;

v) De admitirse la exclusión de la plenitud de efectos retroactivos de la nulidad por la concurrencia de riesgo de trastorno grave para el orden público y la buena fe, resulta dudosa la extensión automática de esa doctrina, dada con ocasión de una acción colectiva, a todo tipo de acción individual, pues respecto a esta última la protección del consumidor justificaría que el examen de esos requisitos fuera relativo, atendiendo a la concreta relación contractual<sup>185</sup>.

Respecto a los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (que se resolverían por la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*), las conclusiones presentadas el 13.7.2016 por el Abogado General P. MENGOSZI fueron favorables (*vid.* ptos. 75 y 76 de sus conclusiones) al mantenimiento del criterio establecido por el Tribunal Supremo, con una fundamentación altamente criticable.

Sostuvo MENGOSZI que es tal el margen discrecional de los Estados Miembros para configurar la falta de fuerza vinculante del clausulado abusivo que su carencia vinculatoria no tiene por qué ser necesariamente *ex tunc*. Esto lo pretendía deducir de la Sentencia *Invitel*, cuando lo cierto es que dicha resolución no permite tal deducción: donde el Abogado General interpreta –citando esa sentencia en el pto. 61 de sus conclusiones– que la sanción de ineficacia retroactiva, en el caso por la figura de la nulidad, es una posibilidad entre otras

---

<sup>184</sup> «Consumidor que es elemento tan multiplicador del riesgo para el orden público económico como en el que se quiere sustentar en los profesionales. Dos perspectivas a la postre, de un riesgo público de índole económico de las que, sin embargo, sólo una ha sido tomada en consideración», de ahí que podría tener sentido, continúa diciendo la AP Alicante (autos de 10.6.2015, aptdo. 99, y 15.6.2015, aptdo. 81), que «los criterios de la buena fe de los círculos interesados y de riesgo de trastornos graves fueran conceptos autónomos del Derecho de la Unión que hubieran de ser interpretados de manera uniforme por todos los Estados integrantes».

<sup>185</sup> AAP Alicante 15.6.2015, aptdo. 98; AAP Cantabria 17.7.2015, FJ 5º, que en cuanto al riesgo de trastorno dice que «de apreciarse atendiendo a todas las potenciales acciones individuales que pudieran ejercitarse, supondría la evaluación de un riesgo potencial que no tiene porque llegar a materializarse, en tanto que el presupuesto necesario sería el ejercicio de dicha multitud de acciones y su estimación. Frente a ello, podría apreciarse que la trascendencia económica real del otorgamiento de efectos retroactivos a la nulidad de una cláusula abusiva en un contrato celebrado con consumidores ante el ejercicio de una acción individual, carece de trascendencia perturbadora para la economía general», y respecto a la buena fe entiende que una valoración abstracta, que no tenga en cuenta la concreta actuación del profesional, «supondría beneficiar al profesional que con su conducta y actuación propició la nulidad por abusiva de la cláusula debido a la falta de transparencia por él ocasionada, en perjuicio del consumidor».

para dar respuesta a la exigencia establecida en el art. 6.1 Directiva 93/13; lo que nos indica la Sentencia *Invitel* (apdo. 40) es que esa sanción garantiza que la cláusula abusiva no vincule al consumidor, con independencia de que la normativa nacional pueda prever además otras sanciones, que serían por tanto un plus y no una alternativa a la carencia *ex tunc* de eficacia vinculante.

A mayor abundamiento, en la Sentencia *Invitel* el Tribunal de Justicia siguió la opinión de la Abogada General TRSTENJAK, quien, al analizar la no vinculación *ex art. 6.1 Directiva 93/13*, señaló que «*El hecho de que una cláusula no vincule al consumidor significa en el sentido de la Directiva que el consumidor no puede ser jurídicamente obligado al cumplimiento de la misma. Las cargas para el consumidor establecidas por una cláusula abusiva carecen ex tunc de eficacia vinculante. La falta de vinculatoriedad se produce, pues, ipso iure y no queda supeditada a una resolución judicial*»<sup>186</sup>; esto es, la consecuencia jurídica de la abusividad apreciada debe ser, como mínimo, la falta de vinculatoriedad retroactiva de la cláusula abusiva. Y justo año antes de que MENGOZZI presentara sus conclusiones, la Comisión Europea hizo lo propio con sus observaciones escritas (13.7.2015) al asunto C-154/15, advirtiendo (ptos. 25 y 29-31) que el margen discrecional para la concreción técnica interna de la carencia vinculatoria *ex art. 6.1 Directiva 93/13* es limitado, pues sólo cabría entender que esa no vinculación surte efectos *ex tunc*, por la sencilla razón de que con otra interpretación peligraría el objetivo protector de la Directiva, y es que si se interpretara que las cláusulas abusivas sólo carecen *ex nunc* de eficacia vinculante, los comerciantes se verían incentivados a incluirlas sistemáticamente al saber que sólo cesarían sus efectos desde la fecha de una hipotética declaración de abusividad, reteniendo por tanto en el peor de los casos los réditos obtenidos hasta entonces por la aplicación de la cláusula abusiva; interpretación que a juicio de la Comisión sería totalmente opuesta a la Directiva 93/13, hasta el punto de vaciarla de contenido.

También sostuvo MENGOZZI que la nulidad *ex nunc* declarada por el Tribunal Supremo pudo ser suficiente para restablecer el equilibrio roto por la cláusula abusiva –empero advirtiendo la excepcionalidad de tal proceder, tanto que la solución propuesta por el Abogado General no sería extrapolable a otros supuestos (ptos. 73 y 79)–, pues «*la falta de efecto completamente retroactivo no ha tenido necesariamente como resultado no restablecer el equilibrio*», afirmación fundada en dos consideraciones: i) que el consumidor afectado por la cláusula en cuestión «*podía fácilmente cambiar de entidad bancaria*», ergo presumiendo MENGOZZI que había muchas ofertas sin esa

---

<sup>186</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2011b, pto. 47.

cláusula, cuando es notorio que la regla general era entonces la contraria, luego aunque el consumidor pudiera realizar el cambio –con las habituales comisiones aparejadas–, no hubiera tenido tan fácil hallar una opción similar carente de dicha cláusula, amén de que la STS 9.5.2013 (aptdo. 165, *b* y *c*) rechazó que la existencia de alternativas en el mercado excluyera la imposición del clausulado abusivo; ii) que la aplicación de este tipo de cláusulas no supuso «una modificación sustancial de las mensualidades a pagar por los consumidores», consideración que huelga desde el momento en que el Tribunal de Justicia (Sentencia *Constructora Principado*) rechazara que el enjuiciamiento del clausulado pueda hacerse en función del impacto sustancial o reducido de su coste económico.

Con todo, el Abogado General evitó ahondar en el análisis de lo que, a nuestro parecer, constituía el principal reproche que se le podía hacer a la doctrina del Tribunal Supremo: fundarse esta en una –excepcional– jurisprudencia europea cuya aplicación solo puede decidir el Tribunal de Justicia<sup>187</sup> y únicamente en sentencia donde resuelva sobre la interpretación que se le solicite acerca de la correspondiente norma europea<sup>188</sup>; jurisprudencia que, además, exige la cumulativa concurrencia de dos requisitos, uno de los cuales es imposible de conciliar con la apreciación de cláusula abusiva, caracterizada en Derecho de la UE –y español– por contravenir la buena fe. Nos referimos al requisito de buena fe de los círculos interesados expresado en la Sentencia *RWE Vertrieb*<sup>189</sup>, resolución en que se basó el Tribunal Supremo al no haber norma nacional que amparase su decisión. MENGOZZI no vio oportuno profundizar en este análisis so pretexto (pto. 80 de sus conclusiones) de pertenecer a la autonomía procesal de los Estados Miembros la determinación de las condiciones en que un órgano jurisdiccional supremo nacional puede limitar los efectos de sus sentencias.

Finalmente, el Tribunal de Justicia resolvió esta controversia en la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* (tras conocerse, los otros asuntos, C-349/15,

---

<sup>187</sup> Sentencia *Denkavit italiana*, aptdo. 18; Sentencia *Barra y otros*, aptdo. 13.

<sup>188</sup> Sentencia *Blaizot y otros*, aptdo. 28; Sentencia *Legros y otros*, aptdo. 30; Sentencia *Comisión/Francia*, aptdo. 49; Sentencia *Sürül*, aptdo. 108.

<sup>189</sup> En opinión de la Comisión Europea (ptos. 45-47 de sus observaciones escritas), la doctrina reflejada en la Sentencia *RWE Vertrieb* no era aplicable en este caso, entre otras razones porque ni concurriría la buena fe de los círculos interesados –quienes incluyeron cláusulas abusivas no podrían invocar su «buena fe» para limitar los efectos de la abusividad apreciada judicialmente–, ni constó acreditada la hipotética existencia de trastornos graves en el sentido indicado por la Sentencia *RWE Vertrieb*, donde el TJ explicó (aptdo. 61) que las consecuencias económicas no pueden determinarse únicamente sobre una mera interpretación judicial.

C-381/15, C-431/15, C-525/15 y C-1/16, acabaron archivados<sup>190</sup>), que pasó a formar parte del reducido elenco de resoluciones en que dicho Tribunal se aparta del criterio de los Abogados Generales.

Así, frente a la solución propuesta por MENGOZZI sobre la interpretación del art. 6.1 Directiva 93/13<sup>191</sup>, la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* sienta que no cabe interpretarlo en el sentido de que autorice a un tribunal nacional limitar en el tiempo los efectos jurídicos derivados de declarar abusiva una cláusula contractual, declaración que «*debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva*» (aptdo. 66).

El Tribunal de Justicia reprochó al Tribunal Supremo, no que este determinara que su sentencia de 9.5.2013 no afectaba a situaciones decididas definitivamente por resoluciones anteriores –podía hacerlo el TS porque el Derecho de la UE *en principio* no obliga a que judicialmente se dejen de aplicar normas internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución<sup>192</sup>–,

<sup>190</sup> El TJ notificó a los órganos remitentes, rep., las Audiencias de Castellón, Zamora, Cantabria, Álava y La Coruña, la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* a fin de que indicaran si deseaban retirar o bien mantener sus peticiones de decisión prejudicial a la luz de dicha sentencia. Todas optaron por lo primero, archivándose en consecuencia, conforme al art. 100 RPTJ, los asuntos C-349/15 y C-381/15 por sendos APTJ de 23.1.2017, el asunto C-431/15 por APTJ 24.1.2017, el asunto C-525/15 por APTJ 9.2.2017, y el asunto C-1716 por APTJ 15.2.2017. Si hubiesen mantenido sus peticiones, se habrían resuelto por auto motivado *ex art. 99 RPTJ* salvo que el TJ hubiera entendido que las cuestiones planteadas precisaban una respuesta que no pudiese deducirse claramente de su jurisprudencia.

<sup>191</sup> Para el Abogado General (pto. 76 de sus conclusiones), dicho precepto, entendido a la luz de los principios de equivalencia y efectividad, «*debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias propias de los litigios principales, no se opone a la decisión de un órgano jurisdiccional supremo mediante la que éste declara el carácter abusivo de las cláusulas «suelo», ordena que cese su utilización y que se eliminen de los contratos existentes y declara su nulidad limitando, al mismo tiempo, en atención a circunstancias excepcionales, los efectos, restitutorios en particular, de esa nulidad a la fecha en que dictó su primera sentencia en ese sentido*».

<sup>192</sup> Por mucho que su inaplicación permitiera subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13, de ahí que la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* (aptdo. 68) advierta que la protección del consumidor no es absoluta. Ahora bien, recordemos que una cosa es que el principio de efectividad no pueda llegar hasta el extremo de exigir a un tribunal nacional tal proceder, y otra que sea preciso analizar si resulta conforme con dicho principio un sistema de aplicación del principio de cosa juzgada previsto por un Derecho procesal nacional, análisis que de hecho realizó el TJ respecto al proceso monitorio español en la Sentencia *Finanmadrid EFC*, apreciando (aptdo. 54) que en tal marco ese sistema no era conforme con el principio de efectividad por hacer imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a los consumidores, particularmente vía control de oficio de la abusividad –sobre dicha sentencia remitimos al estudio que hicimos *supra*, epígrafe 3.1.1. B) *in fine*–. Y téngase también presente que si los tribunales nacionales pueden, según el Derecho interno, excepcionar normas propias de cosa juzgada para subsanar de oficio la contravención de disposiciones de orden público, estarían entonces obligados, según el Derecho de la Unión –principio de equivalencia–, a hacer lo mismo

sino que se arrogara una facultad que únicamente corresponde al Tribunal de Justicia: limitar los efectos de la interpretación de una norma europea<sup>193</sup>, cosa que a la postre solo puede hacer excepcionalmente la Corte Europea bajo los parámetros de la doctrina expuesta por la Sentencia *RWE Vertrieb*. Esta fue la que invocó el Tribunal Supremo sin que, para más inri, se hubiera producido un giro jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre la interpretación del art. 6 Directiva 93/13 –giro sobrevenido que en abstracto cabría acaso limitar por el TJ–; y es que, como señaló la Comisión (pto. 42 de sus observaciones escritas), en el asunto que originó la STS 9.5.2013, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre tal precepto era clara y consolidada.

Negando la mayor –que el TS estuviera facultado para lo que es competencia exclusiva del TJ según la jurisprudencia de este, la cual habría inobservado aquel, con las consecuencias que detallaremos en epígrafe 4.4.2. C. III.c)–, no entró a valorar la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* las cuestiones –2.<sup>a</sup> a 7.<sup>a</sup> formuladas por la AP Alicante– relativas a los requisitos que, de acontecer un giro interpretativo (del TJ) sobre una norma del Derecho de la Unión, permitirían (solo al TJ) aplicar esa excepcional doctrina europea, esto es, buena fe de los interesados y riesgo de trastornos graves, requisitos esgrimidos como concurrentes por el Tribunal Supremo para justificar su propia doctrina limitativa. Aunque en rigor la sentencia prejudicial no tenía por qué pronunciarse al respecto (como motiva su aptdo. 76), no hubiera estado de más que, por lo menos en cuanto al requisito de buena fe<sup>194</sup>, señalase la clara imposibilidad material de apreciarlo ante la existencia de cláusulas proscritas por la Directiva 93/13; si bien ello hubiera supuesto, ante la necesaria concurrencia acumulativa de esos dos requisitos, algo a lo que no parecía dispuesto el Tribunal de Justicia<sup>195</sup>: vedarse a sí mismo, cuando constase acreditado a nivel nacional el

---

respecto a la infracción de normas europeas que, tal como ocurre con el art. 6 Directiva 93/13, son consideradas equivalentes a aquellas que a nivel interno tienen rango de normas de orden público; en este sentido, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdos. 53 y 54 y jurisprudencia citada, y particularmente Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 47.

<sup>193</sup> Recuerda la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* (aptdo. 70), con cita a la Sentencia *Barth* (aptdo. 30), que no cabe confundir la aplicación de una norma procesal con la limitación de los efectos de una sentencia en que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la interpretación de una norma del Derecho de la UE.

<sup>194</sup> Sin desconocer la tarea esclarecedora que deja pendiente el TJ sobre los criterios valorativos del riesgo de trastornos graves, como señala CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2017a, p. 20.

<sup>195</sup> Razón por la cual –evitándole de paso mayor escarnio al TS– pudiera ser que la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* no incidiera, acogiéndose al formalismo *ex aptdo. 76*, en esos requisitos. Otra lectura hace PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. («Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo», en *InDret*, 1/2017, p. 9) al entender que tal silencio fue un implícito reconocimiento de la irrelevancia de esos requisitos en orden a determinar las consecuencias de la declaración de abusividad.

uso de cláusulas abusivas por los profesionales implicados, toda posibilidad de limitar los efectos de una sentencia interpretativa de las correspondientes normas europeas.

Finalmente el Tribunal de Justicia concluyó que la nulidad *ex nunc* acordada por el Tribunal Supremo, excluyente de una íntegra restitución restablecedora de la situación fáctica y jurídica en que se hallaría el consumidor si la cláusula abusiva nunca hubiera existido, podría en cuestión el efecto disuasorio que el art. 6.1, en relación con el art. 7.1 –ambos de la Directiva 93/13–, pretende atribuir a la declaración de abusividad; acotación temporal de los efectos jurídicos derivados de tal declaración que solo otorga una *protección limitada* a los consumidores, resultando esta, por ende, *incompleta e insuficiente* y, en consecuencia, incompatible con el Derecho de la UE<sup>196</sup>.

Del pronunciamiento del Tribunal de Justicia dependía que muchos españoles pudieran –o al menos lo intentaran cargados de razón– recuperar íntegramente lo que por justicia les correspondía y que, en un ejercicio de mera obediencia a la doctrina del Tribunal Supremo, se les negó por no pocos tribunales de instancia, siendo el último ejemplo de importancia en cuanto a su impacto, la SJM n.º 11 Madrid 7.4.2016, que estimando parcialmente la demanda interpuesta por ADICAE contra ciento una entidades financieras (reducidas a cuarenta tras los procesos de fusión), declaró nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo presentes en sus préstamos hipotecarios, mas condenando a aquellas a devolver las cantidades indebidamente cobradas a los consumidores tan solo «a partir de la fecha de publicación de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», tal como puede leerse en el fallo, aptdo. d), de esa sentencia, merecedora de revocación en este punto a la luz del reproche que gran parte de nuestra comunidad jurídica –que no bancaria– esperaba que recibiera de Luxemburgo la doctrina del Alto Tribunal, como así terminó siendo.

Más allá de la incidencia procedimental interna de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* respecto a la restitución aparejada a la nulidad de cláusulas suelo no transparentes (incidencia que detallamos más adelante en sede específica de este tipo de cláusulas, epígrafe 4.4.2. C. III) y de la obligada adaptación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al pronunciamiento europeo (realizada en la plenaria STS 24.2.2017, FJ 5.º), este trasciende nuestras fronteras y afecta al enjuiciamiento de toda cláusula incluida en el ámbito de la Directiva 93/13, pues esta sentencia refuerza la interpretación del artículo 6.1, que algunos querían entender debatible en cuanto a la eficacia *ex tunc* de la –en dicho precepto ordenada– «no vinculación», pretensión cuya artificialidad

---

<sup>196</sup> Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdos. 63 y 72-74.

trasluce a la vista de la contundencia de la Corte de Luxemburgo, constituida en Gran Sala para la ocasión. En conclusión, no hay compatibilidad posible entre el artículo 6.1 Directiva 93/13 y una limitación temporal de los efectos de la declaración de abusividad, habida cuenta de que el fin de la plena retroactividad de la –consecuentemente– decretada carencia vinculatoria de una cláusula abusiva, es que el consumidor vuelva a la situación anterior a verse afectado por tal cláusula, de la cual entonces no quedaría vestigio vinculatorio alguno; así, y no de otra forma, se garantiza la protección de los consumidores frente al clausulado abusivo que les confiere la Directiva y su buscado objetivo de desincentivar el uso de dicho clausulado.

### 3.2.2 El contrato desprovisto de contenido abusivo

Tras establecer la desvinculación de las cláusulas abusivas, el art. 6.1 Directiva 93/13 prevé la situación derivada de ello para el contrato en que aquellas se insertaron, cual es que seguirá «siendo obligatorio para las partes en los mismos términos». La *regla general* es que, mientras el clausulado abusivo no vincula, sí lo hará el resto del contrato, esto es, que la invalidez de ese contenido no se predica de la *lex contractus* residual, de manera que el contrato ha de considerarse tan sólo parcialmente nulo, siendo *excepcional* su ineficacia integral, que únicamente operará cuando aquel no pueda «subsistir sin las cláusulas abusivas» (art. 6.1 *in fine*, a *contrario sensu*).

Asumen ese carácter parcial de la ineficacia que afecta al contrato con cláusulas abusivas prácticamente todos los Estados miembros de la Unión, incluido el nuestro (art. 83 TRLCU y arts. 9.2 y 10.1 LCGC, que contemplan tanto la regla como su excepción<sup>197</sup>), refiriéndose las pequeñas diferencias existentes a las concretas técnicas jurídicas empleadas<sup>198</sup>. Lo mismo cabe decir de los instrumentos europeos, que prevén la vinculación del contrato en lo restante [arts. 6:306(2) ACQP, II.-9:408(2) DCFR, 77.2 FS, 79.2 CESL] si puede ser así mantenido (ACQP y CESL) *razonablemente* (DCFR y FS<sup>199</sup>),

---

<sup>197</sup> Claramente en los citados artículos de la LCGC y en la *actual* redacción del art. 83 TRLCU dada por Ley 3/2014. Antes no se ordenaba expresamente la conservación del contrato, si bien la regla se deducía sin dificultades de dicho precepto, además de que la expresión utilizada por el legislador (las cláusulas abusivas «*se tendrán por no puestas*», conforme se leía y sigue leyéndose en el art. 83, referencia presente desde la originaria LCU) se considera como *típica* de la nulidad parcial (así, ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 334).

<sup>198</sup> De las que da cuenta EBERS, *op. cit.*, 2008, p. 241.

<sup>199</sup> En el FS *rev.* (art. 80.2) se eliminó, sin embargo, la nota de razonabilidad en el mantenimiento (presente en art. 77.2 FS por seguir fielmente al DCFR), y así pasó al art. 79.2 CESL.

con la salvedad de los PECL, que no contienen regla específica para esta materia, si bien se señala vía comentario oficial (del art. 4:110) que el resto del contrato puede seguir vigente si resulta posible y adecuado, pero si no tuviera sentido al suprimirse la cláusula abusiva, se anulará en su totalidad<sup>200</sup>, no precisando empero con la debida claridad la aplicabilidad del art. 4:116 PECL, regulador de la «anulación parcial»<sup>201</sup>. Por su parte, la PMCC consagra la ineficacia parcial del contrato con condiciones generales abusivas, a menos que resulte –de la integración– una situación inequitativa para una de las partes (misma previsión que contenía *in fine* el art. 83 TRLCU antes de ser reformado por Ley 3/2014), en cuyo caso podrá producirse excepcionalmente la ineficacia total de dicho contrato<sup>202</sup>.

Conviene advertir que el legislador europeo no ha querido imponer en todo caso el mantenimiento del contrato que ha visto mermada su reglamentación tras el control de contenido<sup>203</sup>, aunque la fórmula atécnica empleada en el art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13 («si éste *puede subsistir* sin las cláusulas abusivas») no permite deducir en función de qué criterios debe valorarse la posibilidad de subsistencia después de practicarse dicho control, por lo que en prin-

<sup>200</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», pp. 388 y 389.

<sup>201</sup> A priori pudiera parecer aplicable para resolver sobre la eficacia del contrato con determinadas cláusulas abusivas (pues, como vimos *supra*, la abusividad es, conforme al art. 4:110, causa de *anulabilidad* en los PECL), pero lo cierto es que el comentario (*H*) del art. 4:110 no remite para su regulación al art. 4:116 (según el cual «If a *ground of avoidance* [causa de anulabilidad en la versión española] affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract») sino que lo dicho se «compare» con el art. 4:116 y también con art. 6 Directiva 93/13 («Cf. Art. 6 of the Directive and Article 4:116», LANDO/BEALE, *op. cit.*, p. 270, acrónimo igualmente presente en la versión española –*Principios, op. ult. cit.*, p. 389–); además, en el comentario del art. 4:116 se advierte que quien tiene derecho a anular tal clausulado podrá hacerlo sin necesidad de acudir a este precepto (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:116 – Comentario», p. 404). Interpreta MARTHINUSSEN, H. F. («Unfair Contract Terms», en PLAZA PENADÉS, J./MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. [eds.], *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham, 2015, p. 103) esa mención en el comentario del art. 4:110 como que el efecto sobre el resto del contrato está regulado por el art. 4:116; en contra de que este precepto sea aplicable si se desea anular una cláusula abusiva, GIMÉNEZ COSTA, A., «II-1:108: Invalidez parcial o ineficacia», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, t. I, Barcelona, 2012, p. 110.

<sup>202</sup> En efecto, establece el art. 1263.1 PMCC en su pfo. 1.º que la declaración de nulidad de las condiciones por su carácter abusivo «no determinará la ineficacia total del contrato» (misma fórmula *ex art. 10.1 LCGC*), «que se integrará conforme al artículo 1243» (réplica del actual art. 1258 CC), y según su pfo. 2.º «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa para una de las partes, podrá declararse la ineficacia total del contrato», que a primera vista pudiera dar a pensar que la ineficacia total será el paso siguiente a la declaración de nulidad por abusividad si el contenido subsistente resultara inequitativo, mas, como advierte BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 288, conforme a una interpretación lógica y sistemática del precepto), la valoración acerca de si procede o no decretar la nulidad total requiere la previa integración de contrato.

<sup>203</sup> PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 81.

cipio habrá que estar al Derecho nacional<sup>204</sup>. Tampoco alude a la cuestión de cubrir las lagunas que puedan originarse por la no vinculación de parte del contrato (el clausulado que no ha superado aquel control, *ergo* abusivo) cuando en lo demás quede vigente, ni, en su caso, al modo de colmarlas, silencio –compartido por los instrumentos europeos citados– que ha sido interpretado como una remisión a los distintos sistemas de integración de los ordenamientos nacionales<sup>205</sup>.

Ahora bien, la libertad *a priori* dispensada al legislador nacional para establecer cuándo procede conservar el contrato residual o cómo procurar que la nulidad se circunscriba por regla a la cláusula correspondiente<sup>206</sup>, ha sido matizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En el caso español, las consecuencias de sancionar el clausulado abusivo sobre el conjunto del contrato respondían al siguiente *iter*: nulidad parcial (restringida pues al contenido reprobado), integración<sup>207</sup> y, con el resultado de esta, valoración judicial sobre el definitivo alcance de la nulidad, que, excepcionalmente, podría convertirse en total; así era hasta que, a raíz de la Sentencia *Banco Español de Crédito*, desapareció el paso intermedio de la integración que preveía el art. 83 TRLCU, lo que parecía conducir irremediabilmente a una valoración de la eficacia del contrato sin previa *labor integradora*, que, como veremos con la ulterior Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, no llega a impedirse por el Tribunal de Justicia sino a relegarse su operativa a carácter subsidiario, de un modo concreto y tras una *previsión* valorativa de subsistencia que la precede y que implicará la entrada o no en juego de la integración «permitida».

Por ello, expondremos en las líneas que siguen la cuestión elemental, cual es el fundamento y la naturaleza de la regla general, para a continuación, por este orden, la cuestión relativa a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, y la referente a su integración.

<sup>204</sup> Señala KAPNOPOULOU (*op. cit.*, p. 151) que la Directiva no contiene ningún concepto de efecto jurídico regulado de manera exhaustiva, sólo establece directrices, remitiéndose, para las disposiciones precisas relativas a los distintos efectos, a los Derechos nacionales de los Estados miembros.

<sup>205</sup> BLANDINO, *op. cit.*, 2012, p. 682, n. 648 y doctrina ahí citada, a favor y en contra.

<sup>206</sup> PFEIFFER (*op. cit.*, 2009b, artículo 6, aptdo. 10, p. 3) deduce del tenor del art. 6.1, 2.ª mitad, de la Directiva que los efectos jurídicos del carácter abusivo de una cláusula (no vinculación) deben limitarse por regla general a las cláusulas abusivas, lo que a su vez significa que el contrato siga siendo válido en lo demás. Por su parte, los comentarios oficiales de ACQP y DCFR señalan que el efecto de no vinculación es una regla limitada a la cláusula abusiva (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 252, 2009, p. 337; DCFR, *Full Edition*, «II.-9:408», p. 656).

<sup>207</sup> Como medio de cobertura de la eventual laguna a fin de posibilitar la vigencia del contrato depurado.

## A) FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA REGLA DE NULIDAD PARCIAL

En el marco ordinario del Derecho privado, el problema de la proyección que debe tener la nulidad de parte del negocio no está resuelto *con carácter general* por el ordenamiento español, a diferencia de otros como el italiano (art. 1419 *Codice Civile*) o el alemán (§ 139 BGB<sup>208</sup>), si bien parece que la solución de este último es la más acorde con el sistema de nuestro Código Civil, en que la nulidad parcial no está prevista sino para casos determinados<sup>209</sup>.

Contrasta esa falta de previsión general con la PMCC, que en su art. 1309 dispone lo siguiente: «*La nulidad de alguna estipulación sólo comportará la de todo el contrato cuando por aquélla quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe. No obstante, subsistirá el contrato sin aquella estipulación cuando sea ésta la consecuencia que se derive de la ley imperativa infringida*». Se regula, por tanto, la nulidad parcial conforme a dos criterios (también aplicables a la «anulación parcial» ex art. 1309. II), cuales son, por un lado, el *favor negotii*, como principio de máximo respeto de la voluntad de los contratantes para que esta no quede del todo malograda; y por otro lado, un criterio de mantenimiento forzoso, independiente de la voluntad de las partes, como medio para hacer cumplir determinadas leyes imperativas. En este esquema, la nulidad parcial operará en todo caso si viene impuesta por la infracción de tales

<sup>208</sup> Que al regular la *Teilnichtigkeit*, dispone que si una parte de un negocio jurídico es nulo, todo el negocio jurídico es nulo, a menos que deba entenderse que habría sido celebrado incluso sin la parte nula. La regulación general consagra, por tanto, la solución de nulidad total (no así en sede de condiciones generales, donde el § 306 Abs. 1 BGB establece la parcial) en caso de duda, presumiendo que las partes no querían el negocio sin la parte inválida, a diferencia del *Codice Civile*, que presupone de que sí lo quieren aun sin ella, de modo que quien pretenda la nulidad total habrá de probar que no habría contratado sin esa parte (art. 1419.1, que, siendo de aplicación general en materia contractual, sufre una desviación en la contratación con consumidores, donde rige el art. 36.1 *Codice del Consumo*: nulidad parcial sin salvedad alguna). Ambas reglas son, como apunta ALFARO (*op. cit.*, 1991, p. 339), *residuales*: para el caso de que el juez llegue a un *non liquet*, esto es, que de los datos aportados por las partes no pueda deducirse su voluntad «hipotética» (que no real, porque las partes no han querido ni la nulidad total ni la parcial, sino la validez del todo el contrato), si habrían celebrado el contrato sin la parte nula.

<sup>209</sup> En este sentido, O'CALLAGHAN, X. [«Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas» (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril), en *EC*, n.º 54, 2000, p. 142] señala que en los negocios jurídicos *inter vivos* la nulidad de una parte del mismo da lugar, como regla general, a la nulidad total y, como excepción, se da la nulidad parcial, advirtiendo no obstante que cuando se trata de cláusulas abusivas (fuera por tanto del CC) se establece en la ley la regla inversa: la regla general es la nulidad parcial y la regla excepcional, la nulidad total. Entiende ALFARO (*op. ult. cit.*, p. 341) que, fuera de los supuestos en que la norma infringida se manifieste expresamente, y a falta de una regla nacional al modo alemán o italiano, las soluciones de estos sistemas no parecen trasladables al nuestro por vía interpretativa, porque constituyen una opción del legislador, inclinándose por pensar que en el Derecho español el juez no puede llegar a un *non liquet* y ha de decidirse por mantener la validez del resto del contrato o declarar la nulidad total en función de cuál de ambas respuestas considere que respeta mejor la voluntad de las partes.

leyes, mientras que en los demás supuestos procederá salvo frustración de la causa negocial, en que se fundará, como excepción, la nulidad total.

La nulidad parcial que no responde a ese postulado de respeto a la voluntad, lo hace, en cambio, al denominado *orden público de protección*, esto es, como respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de la parte débil de las relaciones contractuales<sup>210</sup>. Cuando se viola una norma que participa de tal carácter, decantarse por la nulidad total sería una medida lesiva para los derechos de orden público del protegido, pues la otra parte podría tener la posibilidad de desvincularse del contrato, eludiendo así la aplicación de la normativa protectora<sup>211</sup>.

Que el mantenimiento obligatorio (por mandato legal) de lo válido en el contrato tenga un eje distinto a la voluntad negocial no significa una injerencia en la autonomía privada. Claramente se ve en el ámbito de la contratación predispuesta, en tanto que redacción e incorporación de la cláusula inválida no fueron voluntad del adherente, sujeto para cuya protección se dicta la norma que, violada, provoca la nulidad; aquí no hay un ataque a esa autonomía, sino a la reglamentación impuesta por el predisponente<sup>212</sup> que ha infringido la normativa imperativa protectora, cuya finalidad se vería frustrada si para evitar la vinculación de la cláusula reprobable tuviera que pasar el adherente por la ineficacia integral del contrato. A modo de ejemplo, respecto del art. 6.1 Directiva 93/13, se ha dicho que esta disposición se dirige a reequilibrar la posición del consumidor impidiendo que quede vinculado por cláusulas abusivas, y no tanto a salvaguardar la autonomía contractual de la partes, mucho menos la del profesional, que podría estar interesado en libe-

---

<sup>210</sup> ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 342. Señaló GORDILLO CAÑAS, A. («La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC*, vol. 28, 1/1975, p. 123) que el carácter tuitivo de sus disposiciones exige que sólo la cláusula infractora pierda fuerza, manteniéndose el contrato válido sin la previsión que «contra legem» se introdujo, de modo que entra así en juego el principio de conservación del negocio, si bien *con apoyo no en la voluntad de las partes, sino en la Ley*, con lo cual su encuadramiento deja de ser el de la interpretación negocial, pasando al de las técnicas legales de mantenimiento del contrato.

<sup>211</sup> BLANDINO, *op. cit.*, 2011, p. 268, señala (n. 126) que esta nulidad parcial intenta resolver aquellos casos en los cuales, tanto la restitución recíproca de las prestaciones, como, en su caso, el recurso a lo preceptuado por los arts. 1305 y 1306 CC, resultan inadecuados para la satisfacción de la finalidad perseguida por la norma vulnerada. Como indicara DE CASTRO Y BRAVO, F. (*El negocio jurídico*, 1971, reimpr., Madrid, 1985, p. 494), las ventajas que se establecen imperativamente para los más débiles quedarían laminadas si, con la imposición de una cláusula ilícita, se pudiera reservar la parte fuerte la posibilidad de acabar la relación negocial cuando quisiere; y GORDILLO (*op. cit.*, pp. 122 y 123), que la protección del llamado «contratante débil» es causa de limitación de la libertad de fijación del contenido del contrato, se trata de evitar que uno de los contratantes quede a merced de la prepotencia económica de su contraparte, operando una «nueva especie de ineficacia» a consecuencia de la infracción de la disciplina legal imperativa, frente a la nulidad total que produciría en tal caso deplorables efectos y que no llegaría a ser medio eficaz de cumplimiento de la finalidad tuitiva de la ley.

<sup>212</sup> Cfr. PASQUAU, «Artículos 9 y 10», *op. cit.*, 2000, p. 296.

rarse de las obligaciones de un contrato que, una vez reequilibrado, le resultara menos beneficioso<sup>213</sup>.

Por ello, para resguardar la finalidad protectora del Derecho de condiciones generales y consumerista, todos los preceptos que sancionan las cláusulas abusivas, vigentes (arts. 6.1 Directiva 93/13, 8.2 LCGC, 83 TRLCU) o propuestos (arts. 1262.1 PMCC, 4:110 PECL, 6:306.1 ACQP, II.-9:408.1 DCFR, 77.1 FS, 79.1 CESL), van acompañados de otros tantos que descartan de base la nulidad total (arts. 6.1 Directiva 93/13, 10.2 LCGC, 83 TRLCU, 1263.1 PMCC, 4:116 PECL, II.-9:408.2 DCFR, 77.2 FS, 79.2 CESL), dado que, como se ha dicho<sup>214</sup>, esa solución compromete la *integridad material de la norma protectora*, pues la nulidad total impide al adherente obtener lo que aquella pretende darle, que no es tanto la supresión en sí del clausulado abusivo, sino su eliminación para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha señalado que, como se desprende de su jurisprudencia sobre el art. 6.1 Directiva 93/13<sup>215</sup>, el objetivo perseguido por el legislador de la UE en el marco de la Directiva consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos con cláusulas abusivas<sup>216</sup>. La función protectora de dicha disposición se convertiría en su opuesto si la invalidez de una o varias cláusulas condujera *per se* a la nulidad del contrato en su conjunto<sup>217</sup>.

La *ratio* de la nulidad parcial establecida por esas normas es evitar que el contratante al que se han impuesto cláusulas abusivas quede privado de las ventajas derivadas de la celebración del contrato y mantener este en la medida

<sup>213</sup> TIZZANO, *op. cit.*, pto. 80.

<sup>214</sup> ALFARO, *op. ult. cit.*, p. 341; PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 606.

<sup>215</sup> Concretamente la que, iniciada por la Sentencia *Mostaza Claro*, proclama el carácter imperativo de tal disposición que, *habida cuenta la situación de inferioridad de una las partes del contrato*, trata de reemplazar el equilibrio formal que este establece entre los derechos y obligaciones de las mismas por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre ellas. Para una crítica de esta jurisprudencia *vid.* HESSELINK, M. W., «Unfair Terms in Contracts Between Businesses», en Schulze, R./Stuyck, J. (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 132 y 133.

<sup>216</sup> Sentencia *Pereničová y Perenič*, aptdo. 31; Sentencia *Jörös*, aptdo. 46; Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 82.

<sup>217</sup> TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-453/10, Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ, spol. s.r.o.*, presentadas el 29.11.2011 (ECLI: EU: C:2011:788), pto. 50. Refiriéndose al antiguo § 6 AGBG (actual § 306 BGB, que, como vimos *supra*, sienta la regla de nulidad parcial del contrato con condiciones generales ineficaces, frente a la prevista de ordinario, antes y ahora, en § 139 BGB), y su función protectora, apuntaron WOLF, M./UNGEHEUER, C. («Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen – Teil 1», en *JZ*, 2/1995, p. 84) que, precisamente por tener en cuenta la protección del cliente, no sigue al § 139 BGB, pues la nulidad total daría a aquel «*Steine statt Brot*» (piedras en lugar de pan).

de lo posible<sup>218</sup>. En sentido inverso, se trata de evitar las consecuencias negativas que la nulidad integral traería consigo, para el concreto adherente (pérdida del derecho a exigir la prestación o devolución de la que hubiera recibido) y para el potencial, pues el riesgo de desaparición del contrato con la nulidad de una cláusula abusiva incentivaría al adherente a no solicitarla<sup>219</sup> y, a su vez por ende, al predisponente a seguir usándola.

Téngase en cuenta que, para el predisponente, el mantenimiento del contrato sin el clausulado afectado puede resultarle inidóneo, prefiriendo en tal caso su nulidad total<sup>220</sup>; por ello, el fundamento de la parcial que se *ordena* normativamente participa de un carácter de orden público de protección<sup>221</sup>, dado que al venir así impuesta (frente a la nulidad basada en la voluntad presumible de las partes<sup>222</sup>) seguirá rigiendo el contrato en su parte válida aunque constara que el predisponente no lo hubiera celebrado sin la parte nula, de hecho carece de sentido cuestionarse aquí si las partes habrían contratado sin

---

<sup>218</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 251, 2009, p. 336; *DCFR, Full Edition*, «II-9:408», p. 654 y 655.

<sup>219</sup> ALFARO, *op. ult. cit.*, pp. 342 y 343. La evitación de las consecuencias negativas (y por tanto disuasorias) que la nulidad total tendría para el adherente-consumidor, como motivación del recurso a la parcial, ha sido una idea ampliamente compartida por nuestra doctrina, *ad exemplum*, BERCOVITZ, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A./BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 202; SARAZÁ JIMENA, R., «La nulidad en los contratos de adhesión», en Ferrándiz Gabriel, J. R. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial, El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, 1994, pp. 30 y 31; PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 605.

<sup>220</sup> Sostiene un enfoque distinto PERDICES HUETOS, A. B. («Art. 10», en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 528), para quien el profesional no tiene especial interés en la nulidad total de uno de los contratos que él mismo ha redactado, aunque su mantenimiento le pueda resultar concretamente gravoso, sino que para él lo relevante es el conjunto de su contratación, y precisamente por ello, defiende este autor que la regla de la nulidad parcial le es útil al profesional, pues –dice– aumentará el volumen de contratación gracias a la confianza que despierta en el consumidor el «saber» que puede contratar sin temor a quedar vinculado por cláusulas abusivas; argumento que, entendemos, parte de una base más voluntarista que real en la práctica (por ende, a nuestro juicio, poco convincente), cual es que los consumidores tienen ese conocimiento previo.

<sup>221</sup> PASQUAU, «Artículos 9 y 10», *op. cit.*, 2000, p. 296.

<sup>222</sup> Orientación que se postula cuando la norma infringida no proporcione una solución determinada respecto a la validez del resto del contrato. No es el caso, como sabemos, de la Directiva 93/13 –y de nuestra legislación tuitiva del contratante débil–, de hecho se ha señalado (TIZZANO, *op. cit.*, ptos. 77 y 79) que su art. 6.1 se opone a una normativa nacional que establezca la vinculación del resto sólo si las partes también habrían contratado sin la cláusula abusiva, porque tal disposición europea debe entenderse en el contexto de su finalidad legal (reparar la posición contractual del consumidor al impedir que quede vinculado por el contenido abusivo), sin que quepa excepcionar la regla general –nulidad parcial– cuando de una valoración *a posteriori* resulte que una de las partes, probablemente el profesional predisponente, no habría celebrado el acuerdo sin la cláusula que no ha superado el control de contenido.

la cláusula correspondiente, porque tal pregunta sólo tendría sentido respecto del predisponente<sup>223</sup>.

Así, en cuanto a la naturaleza de esta nulidad parcial «coactiva»<sup>224</sup>, resulta claro que es una forma acentuada de la nulidad *ipso iure*, pues, aunque cuantitativamente menor en su proyección respecto de la integral (sólo afecta a una parte del contrato), *acrecienta* cualitativamente, para el infractor de la norma, tanto el *efecto sancionador*, al quedar vinculado a un contrato privado de ventajas previstas al celebrarlo<sup>225</sup>, como –por ende– su *función disuasoria*<sup>226</sup>, pues el predisponente deberá formular cláusulas adecuadas para evitar tal efecto<sup>227</sup>. Desde esta perspectiva, la parcialidad coactiva es nítida expresión de la *nulidad de protección*.

En efecto, no perdamos de vista que una cosa es la sanción al clausulado abusivo (desvinculación) y otra su extensión contractual (parcial o total), y que aquella, como antes defendimos tomando la noción del *Codice del Consumo* italiano, responde al carácter de «nulidad de protección», que trasciende la

<sup>223</sup> ALFARO, *op. ult. cit.*, p. 344, señala (n. 28) que no cabe recurrir a la voluntad hipotética de las partes simplemente porque respecto de las condiciones generales no ha habido por parte del adherente una representación mental concreta del contenido de las mismas que le haya inducido a celebrar el contrato. MIRANDA SERRANO, L./PAGADOR LÓPEZ, J. («Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predisuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia», en *www.ccopyme.org*, 11.12.2013) indican que en el ámbito de las condiciones generales es muy improbable que existan indicios que permitan averiguar cuál es esa voluntad hipotética, debido a que el contrato es confeccionado unilateralmente por una sola de las partes, el predisponente, de suerte que las cláusulas por él predisuestas no pueden considerarse expresión de la voluntad común de ambos contratantes.

<sup>224</sup> Expresión que, acuñada entre nosotros, que nos conste, por GORDILLO (*op. cit.*, p. 189 y 197), ha tenido predicamento en la doctrina española (en la italiana, hablaba ya de una conservación coactiva, explicando sus razones, CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milán, 1959, pp. 122 y 123), desde que la utilizara CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. («Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato», en *ASN*, t. Extra 1, 1988, pp. 155-157), respecto del art. 10.4 LCU en su primigenia versión; PERTÍÑEZ (*op. cit.*, 2004, p. 140) habla de nulidad parcial *impuesta, contra la voluntad del predisponente*; GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, 2009, p. 987) señala que esta nulidad coactiva, que *prescinde de la voluntad del predisponente*, como medida de protección de consumidor, intenta salvar lo mínimo común (celebrar el contrato) excluyendo lo abusivo por razón de su contenido o por falta de transparencia; indican MIRANDA/PAGADOR (*op. cit.*) que el objetivo de la «nulidad parcial coactiva» estriba en conseguir que el adherente pueda oponerse a la utilización de cláusulas abusivas sin temor a verse abocado a que el contrato mismo termine siendo ineficaz, de ahí que por regla este sea imperativamente eficaz.

<sup>225</sup> Ventajas que procedían de las cláusulas inválidas, *ergo*, ineficaces estas, desaparecen aquellas, de modo que el predisponente queda vinculado a un contrato que, en las condiciones resultantes, verosíblemente no hubiera celebrado. *Vid.* GORDILLO, *op. cit.*, p. 196 y 198; GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995, pp. 48-50; PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 605; MONTICELLI, S., «Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)», en *Rass. dir. civ.*, 3/1997, p. 566.

<sup>226</sup> En este sentido, MONTICELLI, S., «Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio», en *www.associazionecivilisti.it, Articoli e Saggi*, 25.11.2009, n. 7; DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padua, 2008, p. 749.

<sup>227</sup> *DCFR, Full Edition*, «II.-9:408», p. 656, en relación a la vinculación al contrato pese a que no le resultara ventajoso en los términos en que quedara subsistente.

clásica caracterización de nulidad –*stricto sensu*– y anulabilidad tomando lo que de ambas resulta conveniente para lograr el objetivo conformador de tal figura (tutela real y plena del sujeto protegido)<sup>228</sup>. Pues bien, si el medio que mejor tutela el interés protegido es, como venimos diciendo, la desvinculación parcial, es natural –con este paradigma– que se ordene coactivamente, de manera que la nulidad que sanciona la abusividad de las cláusulas satisfaga, al mismo tiempo, exigencias de reequilibrio<sup>229</sup> y conservación contractual. Se entiende así que el art. 36.1 *Codice del Consumo* (y antes, el aptdo. 1 del art. 1469-*quinquies* del *Codice Civile*) no contemple la excepción ex art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13<sup>230</sup>, en un intento de evitar, en beneficio del consumidor, la posibilidad de que la nulidad parcial se convierta en total<sup>231</sup>.

En cambio, nuestro legislador optó por introducir reservas a la nulidad parcial coactiva, previendo explícitamente el salto de la nulidad parcial a la

<sup>228</sup> El elemento definitorio de la «nulidad de protección» es la consecución de dicho objetivo, y como lo trascendente es el fin, a él obedecen los medios, *ergo* los medios que mejor tutelan el interés protegido, modulando lo que sea preciso. De ahí que se tomen notas características de la nulidad de pleno derecho (imprescriptibilidad, apreciación de oficio) y anulabilidad (convalidabilidad, legitimación restringida), yendo por tanto más allá de la nulidad relativa (entendida como distinta a la anulabilidad, contrapuesta al rasgo absoluto de la nulidad *ipso iure*), pues el sujeto protegido puede tener interés en impedir la declaración de nulidad, incluso la que pueda resultar *de oficio* (que sólo operará en su beneficio, no pues cuando se manifieste en contra).

<sup>229</sup> En tanto que *nulidad de protección* elaborada a nivel europeo con base en las cláusulas abusivas y, por tanto, necesariamente orientada al efecto reequilibrador buscado por la Directiva 93/13. Empero, una vez recibida dicha elaboración en los ordenamientos internos, se ha afirmado como instrumento de tutela que actúa al margen de los límites de aplicación de la normativa de consumo (MEZZASOMA, *op. cit.*, p. 189). Se observa esta idea en instrumentos europeos (ACQP, DCFR, FS y CESL), donde –como vimos *supra*– se perciben rasgos característicos de la nulidad de protección, que trasciende los límites subjetivos de aquella, pues no sólo amparan de esta forma al consumidor, sino al contratante débil en general. A ello hay que añadir la tendencia comunitaria que, progresivamente, se orienta a superar la fragmentación normativa ligada a una calificación subjetiva de los contratantes, mediante la introducción de una regulación que garantice con mayor amplitud una protección eficaz del contratante débil; al respecto *vid.* PERLINGIERI, P., «Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti», en *Rass. dir. civ.*, 2/2001, pp. 334-356.

<sup>230</sup> Dispone el art. 36.1 *Codice del Consumo* que «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto». Del mismo tenor era el art. 1469-*quinquies* 1 *Codice Civile*, salvo por la referencia a los preceptos relativos a la consideración de abusividad (arts. 1469-*bis* y 1469-*ter* *Codice Civile*, actuales arts. 33 y 34 *Codice del Consumo*), y a la «ineficacia» de la cláusula abusiva y «eficacia» del resto del contrato –actuales «nulidad» y «validez», respectivamente–; en ambos, eliminada la cláusula abusiva, el contrato sigue rigiendo, sin preverse salvedad alguna. Que no se tome en consideración lo establecido en el art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13 es, para BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 290 y n. 225), sustancial manifestación de la exigencia de tutela del consumidor, y expresión del poder reconocido al legislador nacional por el art. 8.1 Directiva 93/13 para adoptar disposiciones que garanticen un grado de protección más elevado para aquel, respecto a la tutela mínima asegurada por la Directiva.

<sup>231</sup> CASTRONOVO, C., «Profilo della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive», en *Eur. dir. priv.*, 1/1998, p. 39, intento del legislador que no es del todo exitoso, ya que puede ocurrir que la nulidad de la cláusula provoque un defecto estructural, por falta de un elemento esencial, en cuyo caso contaminará al resto del contrato (*ergo* nulo totalmente), especialmente por indeterminación de su objeto; *vid.* MONTICELLI, *op. cit.*, 2009; DI MARZIO, *op. cit.*, p. 858; CASTRONOVO, *ib.*, p. 38; D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padua, 2008, pp. 9-12, 231-237.

total<sup>232</sup>, y recibiendo por ello –en tanto que se resta eficacia a la sanción– la crítica de la doctrina científica<sup>233</sup>. Mas lo realmente censurable no es tanto la previsión legal de que la nulidad del clausulado abusivo pueda llegar a comportar la invalidez integral del contrato, sino la deficiente regulación que de los criterios determinantes de ese salto se contiene en los textos nacionales vigentes (LCGC y TRLCU) y propuestos (PMCC)<sup>234</sup>, regulación que es directamente inexistente en la Directiva 93/13, la cual, como adelantamos *supra*, se limita a prever la regla subsidiaria sobre una posibilidad de subsistencia del contrato depurado –de clausulado abusivo– sin explicitar en función a qué debe considerarse subsistente (y por tanto incólume la nulidad parcial) o no (con efecto invalidante integral). Ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que, sin ánimo exhaustivo, ha arrojado luz sobre el particular, con un enfoque centrado en dar las bases generales y señalar la improcedencia de ciertas soluciones adoptadas a nivel interno, como en el caso español.

## B) CRITERIOS SOBRE LA SUBSISTENCIA DEL CONTRATO PARCIALMENTE NULO

### B.I) Planteamiento. *Statu quo* nacional

Que el contrato con cláusulas abusivas siga vinculando tras «desaparecer» estas (regla general de nulidad parcial) dependerá, en palabras del art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13, de que «pueda subsistir» sin ellas, *ergo* cuando *se considere* que no pueda hacerlo, la inicialmente prevista desvinculación parcial de la *lex contractus* –sólo clausulado ineficaz por abusivo– se tornará plena (regla subsidiaria de nulidad total).

Esa consideración sobre la viabilidad de mantener vigente la reglamentación contractual no reprobada corresponde al juez que aprecie el carácter abusivo de las concretas cláusulas. Así resulta a nivel europeo (*Auto Pohotovost'*,

<sup>232</sup> En este sentido dice BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 277) que no se trata de una figura de nulidad parcial «coactiva» *pura* o que pueda aplicarse sin reservas.

<sup>233</sup> Desde la originaria LCU, cuyo art. 10.4 ya contemplaba la conversión de la nulidad parcial (regla) en total (excepción) como resultado de una situación inequitativa. *Vid.* POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980, p. 117; BERCOVITZ, R., *op. cit.*, 1987, p. 154; CLAVE-RÍA, *op. cit.*, 1988, p. 157.

<sup>234</sup> Criterio que, defendido por PASQUAU LIAÑO, M. («Cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores», Comentario a la STS de 7 de julio de 1999, en *CCJC*, n.º 51, 1999, p. 1304), hace suyo y actualiza BLANDINO, *op. cit.*, 2011, p. 290.

aptdo. 61<sup>235</sup>) y nacional español, con la diferencia de que la valoración judicial no se ancla allí en criterios positivizados, que sí existen en nuestro ordenamiento. En la regulación de la LCGC, el criterio decisorio sobre el ulterior destino del contrato es que la nulidad de las condiciones afecte o no a uno de los *elementos esenciales del contrato* –desde el punto de vista formal *ex art. 1261 CC*<sup>236</sup>–; en caso afirmativo, el juez declarará la nulidad total (art. 9.2 LCGC), lo que también preveía el art. 83 *in fine* TRLCU para el supuesto de que el contrato remanente arrojara una situación inequitativa insubsanable en la posición de las partes. Dos regímenes con divergencia de criterio (lo cual suscitó críticas y dudas de aplicación<sup>237</sup>) y que, empero, coincidían en remitir la valoración *tras* la integración de la parte afectada, esto es, con el resultado de la labor integradora, impuesta legalmente al juez por el art. 10.2 LCGC y, antes de la Ley 3/2014, por el art. 83 TRLCU, cuyo tenor actual ya no contempla ni la integración ni aquel criterio propio, adoptando ahora la misma fórmula atécnica empleada por la Directiva 93/13.

Aunque celebremos que haya desaparecido, en sede específica de consumo, el criterio legal sobre la suerte del contrato, tras su depuración e integración, basado en la posición indistinta de las partes (pues una Ley que se dice protectora del consumidor no debe ser neutral en este punto<sup>238</sup>) –al tiempo que se desterró la facultad moderadora que el art. 83 TRLCU atribuía al juez para

<sup>235</sup> Donde el TJ indicó que si el órgano judicial llega a la conclusión de que la cláusula es abusiva en el sentido del art. 6.1 Directiva 93/13, la misma no ha de vincular al consumidor, debiendo tal órgano «determinar si el contrato puede subsistir sin esta cláusula abusiva». Esto mismo recuerda TRSTENJAK (*op. cit.*, 2011a, pto. 69) indicando que ese papel le corresponde al juez nacional, «no sólo por su conocimiento del Derecho nacional sino también de las condiciones generales efectivas del asunto que debe dirimirse».

<sup>236</sup> Esto es, consentimiento, objeto y causa. Desde un punto de vista real, guardan más relación con el enfoque de la Directiva 93/13, es decir, prestaciones básicas del contrato que como tal lo caracterizan.

<sup>237</sup> *Id.*, por todos, PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 607.

<sup>238</sup> Neutral también parece el § 306(3) BGB al prever la ineficacia total del contrato celebrado con condiciones generales cuando, tras la integración, su mantenimiento supusiera una carga irrazonable para una parte. Aunque no discrimina entre adherente y predisponente, la jurisprudencia en torno al antiguo § 6(3) AGBG –de idéntico tenor– ya interpretaba la norma de forma restrictiva, en el sentido de que su propósito no consiste en proteger al predisponente del riesgo derivado de la contratación, inherente a su propia actuación (EMPARANZA, *op. cit.*, p. 476, n. 38 y doctrina alemana ahí citada). En nuestro caso, el paso a la nulidad total –inspirado en aquella disposición de la AGBG– «cuando las cláusulas subsistentes determinen una *situación no equitativa en la posición de las partes*» se viene arrastrando desde la LCU (primigenio art. 10.4, después art. 10 *bis*.2, y, por último, art. 83.2. III TRLCU), y desde entonces se ha criticado por su excesiva amplitud o laxitud (PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 691 y autores citados en n. 628), abogando por una interpretación restrictiva (el propio PAGADOR, *ib.*, p. 692 y doctrina que cita en n. 633); respecto al art. 83 *in fine* TRLCU, antes de su reforma por Ley 3/2014, BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 293) lo censuraba indicando que el legislador no tendría que haberse preocupado de si la nueva situación produce algún perjuicio al empresario, pues de hecho el posible inconveniente para este hubiera servido como medida disuasoria para que en el futuro se abstudiese de incluir cláusulas abusivas.

subsanan la situación inequitativa<sup>239</sup>—, nos parece censurable que el legislador se haya limitado a suprimir ese criterio, conservando la regla excepcional de nulidad total, sin proporcionar otro que permita al intérprete aplicarla (o descartarla) con nitidez. De poca calidad podemos calificar la actual dicción del art. 83 TRLCU y de escaso el esfuerzo legislativo a la hora de afrontar su reforma: a raíz de la Sentencia *Banco Español de Crédito*, nuestro legislador, en una mal entendida prohibición integradora, eliminó del precepto todo vestigio de integración, llevándose así por delante la norma que, en sede específica, *hubiera permitido* al juez integrar por la vía admitida en la ulterior Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (sobre el particular remitimos al epígrafe 3.2.2. C. II), y toda referencia a un concreto criterio legal acerca de la subsistencia del contrato desprovisto de clausulado abusivo.

Al trasladar tal cual el inciso final del art. 6.1 Directiva 93/13 a nuestro art. 83 TRLCU, la reforma operada por Ley 3/2014 ha dejado en pura abstracción el criterio excepcionador de la nulidad parcial, con la consiguiente inseguridad jurídica en un punto de gran importancia. El legislador ha optado por la vía cómoda, regalándonos, no ya una mala técnica, sino directamente una ausencia de esta, y, al mismo tiempo, una muestra más de oportunidades desaprovechadas para corregir defectos sistémicos, en este caso, armonizar los regímenes jurídicos *ex* LCGC y TRLCU sobre nulidad de cláusulas predisuestas (la Ley 3/2014 no tocó el art. 9.2 LCGC, quedando así en pie la hipótesis de ineficacia integral por afectación de elemento esencial) para el supuesto de contratos B2C con condiciones generales reprobables.

Ahora por tanto se hace preciso, más que nunca, acudir a la jurisprudencia, sobre todo la que interpreta el art. 6.1 Directiva 93/13. Si partimos de que la regla de desvinculación parcial coactiva es expresión de la «nulidad de protección» —como venimos defendiendo—, parece claro que, de base, la valoración judicial sobre la eventual subsistencia del contrato (en lo relativo al clausulado no abusivo) no puede hacerse depender del interés presunto o efectivo

---

<sup>239</sup> Y que en la práctica daba lugar a que el juez, en vez de erradicar tal cual la cláusula abusiva, la moderase (lo que, como veremos en el epígrafe 3.2.2. C. I, fue expresamente reprobado por el TJ). La posibilidad de subsanación de esa situación inequitativa se contemplaba implícitamente en art. 83.2. III TRLCU («Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes *que no pueda ser subsanada* podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato»), y se sustentaba en el momento de la integración del contrato y en la atribución al juez de facultades moderadoras «respecto de los derechos y obligaciones de las partes» (art. 83.2. II), que también tenía cuando, a pesar de ello, no pudiera subsanarse, *ergo* ineficacia integral del contrato, en cuyo caso tales facultades iban referidas a «las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable *para el consumidor*» (art. 83.2. II *in fine*), lo que significaba —como indicó PAGADOR, *op. cit.*, 1999, pp. 601 y 602, respecto al art. 10 *bis.2* LCU— que este tendría derecho a ser indemnizado por el profesional si de la ineficacia total se le derivase un perjuicio y tal ineficacia viniese provocada por la nulidad de las cláusulas predisuestas por aquel.

del predisponente. La cuestión capital es, por tanto, si se veda al juez toda posibilidad de valorar el ulterior destino del contrato en función de criterios subjetivos, esto es, si cabe, descartando la hipótesis antes apuntada, considerar la posibilidad de su subsistencia según ello resulte más favorable al consumidor, o si, por el contrario, dicha valoración ha de hacerse con un enfoque puramente objetivo. Para responder a tal cuestión hay que analizar, en primer lugar, cuál es el enfoque por el que aboga el Tribunal de Justicia a la hora de interpretar el art. 6.1 Directiva 93/13 y, en segundo término, cual sea este, si cabe modularlo a nivel interno sin merecer reproche de aquel.

## B.II) Jurisprudencia europea y consideraciones al respecto

Con ocasión de la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-453/10, el Tribunal de Justicia arrojó luz sobre el inciso final del art. 6.1 Directiva 93/13. En tal asunto se preguntó si, detectadas cláusulas abusivas, el ámbito de protección de la Directiva permitiría considerar que el contrato en su conjunto no vincula al consumidor si esto le resultara más favorable que mantener la validez de las cláusulas no abusivas de dicho contrato. Al pronunciarse al respecto en la Sentencia *Pereničová y Perenič*, el Tribunal de Justicia, y sobre todo la Abogada General TRSTENJAK en sus conclusiones (que explícitamente sigue el TJ en su resolución), examinó si dicha disposición debe interpretarse con un enfoque subjetivo u objetivo, pues teóricamente en uno u otro podría fundamentarse la indagación judicial sobre la posibilidad de subsistencia del contrato desprovisto de clausulado abusivo. En efecto, el carácter ambiguo del art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13 permitiría *a priori* basar tal indagación en razones objetivas o subjetivas, mas respecto de estas últimas sólo cabría atender al interés del consumidor, no del profesional<sup>240</sup>.

Para TRSTENJAK, siguiendo la línea apuntada anteriormente por TIZZANO<sup>241</sup>, argumentos de peso redundan en contra de una interpretación según la cual la valoración de si un contrato, conforme al art. 6.1 Directiva 93/13, «*puede subsistir* sin las cláusulas abusivas», debe efectuarse en función de criterios subjetivos. Tales argumentos son, por un lado, el propio tenor de dicho precep-

---

<sup>240</sup> Como hemos apuntado antes, el instituto de la «nulidad de protección» excluye la posibilidad de subsistencia fundamentada en el *interés* de quien predispuso las cláusulas abusivas, ya sea presunto (cfr. TIZZANO, *op. cit.*, ptos. 79 y 80) o real, pues entonces, en perjuicio del consumidor, quedaría en sus manos la opción de burlar la regulación impuesta por la Directiva (en este sentido, PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 81).

<sup>241</sup> Reconocimiento que, en varios pasajes de sus conclusiones, hace TRSTENJAK a TIZZANO, quien fue, de hecho, pionero en abogar por un criterio objetivo para excepcionar la regla de nulidad parcial, al señalar (TIZZANO, *op. cit.*, pto. 79) que «*únicamente caben excepciones a esta regla general cuando el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva*».

to, y por otro, la finalidad de la Directiva. En cuanto a lo primero, sostiene la Abogada general<sup>242</sup> que si el legislador europeo hubiera concedido importancia al interés del consumidor en seguir vinculado o no por el contrato, habría podido incluirlo en esa disposición y, al no hacerlo, tal renuncia debe entenderse como un indicio de una decisión deliberada en contra, interpretación que confirmaría el considerando 22<sup>243</sup>, cuya formulación, más clara que la propia disposición, vendría a indicar la posibilidad *objetiva* de subsistencia.

En cuanto al segundo de los argumentos, señala que atender exclusivamente a un criterio subjetivo iría en detrimento de una doble finalidad de la Directiva: el restablecimiento del equilibrio real entre las partes y el establecimiento del mercado interior<sup>244</sup>. Sobre la primera, arguye que si bien es cierto que con una nulidad total declarada tan solo en favor del consumidor se eliminaría el desnivel que beneficiaba al profesional, ello no garantizaría el equilibrio perseguido por el legislador europeo, cual es la igualdad entre ambas partes, sin que quepa presumir que quisiera procurar al consumidor una posición jurídica superior<sup>245</sup>, y sin que sea justificable liberar a este de obligaciones libremente asumidas (las que no derivan de cláusulas abusivas, se entiende) en virtud del principio de autonomía privada<sup>246</sup>. Sobre la otra finalidad, indica que una actividad comercial sólo puede desarrollarse allí donde se garantice la *seguridad jurídica* a los agentes económicos, que incluye la protección de la confianza de dichos agentes en la continuidad de las relaciones contractuales, confianza que quebraría a largo plazo si la eficacia del contrato dependiera únicamente del interés de una parte, hipótesis que reduciría la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores y con ello la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar.

Los argumentos de TRSTENJAK son acogidos por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Pereničová y Perenič*, estableciendo (aptdos. 32 y 33) que los mismos –sintéticamente, tenor de la disposición y seguridad jurídica– abogan por un enfoque *objetivo* al interpretar el art. 6.1 Directiva 93/13 (esto se reitera en la

<sup>242</sup> Vid. TRSTENJAK, *op. cit.*, 2011a, pts. 57-59.

<sup>243</sup> Dispone *in fine* que «...el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia».

<sup>244</sup> Vid. TRSTENJAK, *op. cit.*, 2011a, pts. 63-67.

<sup>245</sup> Si el destino del contrato dependiera exclusivamente de cuál sea en cada caso la situación más favorable para el consumidor, existiría el riesgo de que la relación entre las partes entrara de nuevo en desequilibrio y esta vez únicamente en provecho de aquel.

<sup>246</sup> Principio que goza de un valor elevado a nivel europeo (*vid.* al respecto SSTJ 10.7.1991, *Neu y otros*, C-90/90 y C-91/90, aptdo. 13; 30.4.1998, *Bellone*, C-215/97, aptdo. 14; 5.10.1999, *España/Comisión*, C-240/97, aptdo. 99; 9.3.2006, *Werhof*, C-499/04, aptdo. 23), de hecho, por respeto al mismo, la intervención correctora para restablecer el equilibrio debe centrarse en sanear el contrato –celebrado en ejercicio de la autonomía contractual de ambas partes–, no en eliminarlo.

Sentencia *Jörös*, aptdo. 47), negando que la posición de una de las partes, en este caso el consumidor, pueda considerarse «el criterio *decisivo* que decida sobre el ulterior destino del contrato», esto es, que no cabe interpretar ese precepto en el sentido de que la valoración judicial sobre la posible subsistencia «*sólo* pueda basarse en el carácter eventualmente favorable para el consumidor».

Se advierte que el Tribunal de Justicia no descarta toda posibilidad de evaluación conforme a tal criterio subjetivo, sino la que se base únicamente en este, lo que niega es que sea determinante *per se*. No se opone expresamente a que en el Derecho nacional se le conceda valor al interés del consumidor en este punto; lo que vendría a decir es que, si el legislador nacional estableciera un criterio puramente objetivo (que no se le concediera ninguna importancia a dicho interés en la valoración de la eficacia del contrato), el nivel de protección no quedaría por debajo del establecido en la Directiva 93/13<sup>247</sup>. En otras palabras, si la normativa nacional pretendiera elevarlo, podría hacerlo estableciendo un *criterio mixto*, máxime cuando el propio Tribunal de Justicia ha sentado que, en virtud de la facultad normativa de los Estados miembros reconocida en el art. 8 Directiva 93/13 para aumentar dicho nivel<sup>248</sup>, la Directiva no se opondría a una norma nacional que, respetando el Derecho de la UE, permita declarar la nulidad total cuando ello garantice una mejor protección del consumidor<sup>249</sup> (Sentencia *Pereničová y Perenič*, aptdo. 35; Sentencia *Jörös*, aptdo. 47), lo cual se ha interpretado como una connotación «natural» de la *nulidad de protección*<sup>250</sup>.

El enfoque mixto sería aquel por el cual no cabe mantener de modo artificial, por mor de un criterio subjetivo puro, un contrato que objetivamente no pueda subsistir, de manera que si este es el caso ningún valor tendrá, en la indagación sobre la viabilidad del contrato remanente, su carácter favorable para el consumidor, debiendo declararse la nulidad total; pero, constatada en cambio la posi-

<sup>247</sup> Cfr. TRSTENJAK, *op. cit.*, 2011a, pto. 70.

<sup>248</sup> Los Estados pueden establecer reglas que supongan un *plus* respecto del nivel de protección de la Directiva, no un *aliud* o un *minus* (KAPNOPOULOU, *op. cit.*, p. 162).

<sup>249</sup> Para TRSTENJAK (*op. cit.*, 2011a, pto. 73) no hay dudas sobre la compatibilidad de una normativa nacional de este tipo con el objetivo del establecimiento de un mercado interior, «*siempre que las libertades fundamentales no resulten menoscabadas*», señalando que a este respecto (n. 31), en relación con la específica actividad de concesión de créditos, ha de pensarse sobre todo en la libre prestación de servicios y, en menor medida en la libre circulación de capitales. Esto ya se apuntó en la STJ 3.10.2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, al señalar (aptdo. 43) que dicha actividad se refiere, en principio, tanto a la libre prestación de servicios del art. 49 y ss. TCE (respecto de la cual es secundaria la libre circulación de mercancías –*vid.* STJ 16.12.2010, *Josemans*, C-137/09, aptdo. 50 y jurisprudencia ahí citada–, que sería pertinente en el caso de compraventa de bienes muebles) como a la libre circulación de capitales del art. 56 y ss. TCE.

<sup>250</sup> Así, ALESSI, R., «Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze *Jörös* e *Asbeek Brusse*», en *www.juscivile.it*, 7/2013, p. 396, señalando que, aunque en principio la nulidad no afecta a todo el contrato, para proteger a los consumidores se entrega a la valoración del juez nacional, que tendrá que volver a un parámetro subjetivo, referido tan solo a la parte consumidora.

bilidad material de subsistencia (que supondría, según un criterio objetivo puro, el mantenimiento en todo caso del contrato), sí ha de tenerse en cuenta el valor del interés del consumidor en seguir o no vinculado por el contrato, de manera que si el juez comprobara –no sólo por la manifestación del consumidor en este sentido, sino también atendiendo a las circunstancias del caso concreto– que su mantenimiento (factible objetivamente) le resultara perjudicial frente a la eventual declaración de nulidad integral, podría esta prevalecer en beneficio del consumidor siempre que exista en el Derecho nacional una norma que así lo permita<sup>251</sup>.

Al tiempo que la persistencia del contrato debe ser jurídicamente posible en virtud de las normas de Derecho interno (Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 65; Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 57; STJ 21.1.2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 –en adelante, Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*–, aptdo. 28), tales normas podrían admitir que eventualmente se declare su ineficacia integral cuando así el consumidor quede más protegido (Sentencia *Pereničová y Perenič*, aptdo. 35, y Sentencia *Jörös*, aptdo. 47).

Se comparta este enfoque o se entienda preferible el puramente objetivo, lo cierto es que, en ambos casos, resulta necesario concretar las razones objetivas que excepcionen la regla de nulidad parcial. El Tribunal de Justicia se ha limitado a bendecir el enfoque objetivo para interpretar el art. 6.1 Directiva 93/13, lo cual no constituye novedad entre la doctrina científica, que en la exégesis de la norma ya había apuntado que, cualquiera que fuese la hipótesis de nulidad total regulada a nivel interno, esta habría de obedecer a requisitos objetivos, debiendo declararse, por ejemplo, cuando las lagunas que presente el contrato tras depurarlo de clausulado abusivo resulten ser demasiado extensas<sup>252</sup>, cuando por su finalidad y naturaleza jurídica no pueda quedar en pie sin las cláusulas reprobadas<sup>253</sup>, al padecer un defecto estructural por indeterminación de su objeto<sup>254</sup> o quedar desprovisto de causa<sup>255</sup>, esto es, una *alteración*

---

<sup>251</sup> Se trataría de no imponer al consumidor la regla (conservación contractual) cuando el interés protegido quedara más amparado por la excepción (invalidación integral). Tal circunstancia acontecía en el asunto examinado por la Sentencia *Pereničová y Perenič* (crédito al consumo con una TAE inferior a la real: *vid.* la explicación del tribunal remitente en aptdo. 24); en general, abstracción hecha del caso concreto, la hipótesis de base es que la pérdida del bien o servicio –a que conduciría la nulidad total– fuera menos perjudicial para el consumidor que su plena desvinculación contractual. Por ejemplo, en un préstamo hipotecario difícilmente se diera esta circunstancia pues tendría que devolver de una vez el capital recibido, pero tratándose de un producto asociado, como un *swap* de tipos de interés, sí podría acontecer cuando las liquidaciones positivas (cuyo importe debiera restituir el consumidor) fueran inferiores a las negativas (que deberían serle restituidas).

<sup>252</sup> KAPNOPOULOU, *op. cit.*, p. 152.

<sup>253</sup> PFEIFFER, *op. cit.*, 2009b, artículo 6, aptdo. 11, p. 3.

<sup>254</sup> MONTICELLI, *op. cit.*, 1997, p. 568; GENTILI, *op. cit.*, 1997, p. 434.

<sup>255</sup> PAGADOR, *op. cit.*, 1999, pp. 81 y 82.

*sustancial de la esencia misma del contrato*. La corrección de esta hipótesis de nulidad total, que la LCGC (art. 9.2) identifica con la afectación de los elementos del art. 1261 CC (eventualidad que, no obstante, siempre se ha entendido muy excepcional por nuestra doctrina, dada la flexibilidad de los poderes integradores del juez<sup>256</sup>, amplitud que actualmente no es tal, lo que llevaría a matizar esa consideración<sup>257</sup>), podría *deducirse* de la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* y de las conclusiones del Abogado General WAHL en este asunto.

Y es que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia no ha explicitado las razones objetivas eventualmente invalidantes del íntegro contrato –buscando dejar tal cuestión a los legisladores nacionales, a quienes tan sólo ha dado directrices generales–, al revisar la negativa a la integración señalada en el aptdo. 73 de la Sentencia *Banco Español de Crédito*, se pronunció a favor de determinado cauce integrador cuando, de no llevarse a cabo, la supresión de la cláusula abusiva comprometiera la aplicación subsiguiente del contrato (*vid.* Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 85), siendo el dato clave, al parecer de WAHL, el *carácter* que posea la cláusula controvertida en el sistema del contrato: si es accesorio, el contrato podría continuar ejecutándose sin la cláusula; si no lo es, su eliminación haría que este fuese imposible de ejecutar, tal sería el caso de que la cláusula formara parte del *objeto principal* del contrato<sup>258</sup>, esto es, que regulara una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza<sup>259</sup>.

### B.III) Criterios adoptados por los instrumentos modernizadores

Aunque los arts. 6:306(2) ACQP y II.-9:408(2) DCFR no revelan *prima facie* cuál es el criterio que determina la posibilidad de subsistencia del contrato parcialmente afectado de abusividad (luego parcialmente ineficaz), limitando su tenor a prever la vinculación en lo restante si puede mantenerse –razonablemente, añade el DCFR– sin las cláusulas abusivas, sus comentarios oficiales arrojan luz sobre el particular. Coinciden ambos en señalar que el contrato desprovisto de tal clausulado puede ser mantenido *cuando el conteni-*

---

<sup>256</sup> Por todos, ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 463; PERDICES, *op. cit.*, p. 530.

<sup>257</sup> Las facultades moderadoras, que el art. 83 TRLCU dispensaba –ya no– al juez en su labor integradora, ayudaban a flexibilizar el poder integrador. Sobre el particular remitimos al epígrafe 3.2.2. C. I.

<sup>258</sup> *Vid.* WAHL, *op. cit.*, 2014a, ptos. 97 y 98, este último en relación con pto. 62.

<sup>259</sup> Según el significado dado por la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 49) al concepto de «*objeto principal del contrato*» *ex art.* 4.2 Directiva 93/13, esto es, lo que sería un elemento esencial en sentido material, que no se identifica plenamente con el «objeto» *ex art.* 1261 CC, elemento esencial desde un punto de vista estrictamente formal (sobre esta distinción, no excluyente, *vid.* PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 13), mas, desde ambos sentidos, la perturbación por eliminarse la cláusula afectará a la propia esencia del contrato.

*do remanente resulte jurídicamente posible*, lo cual acontecerá porque la cláusula aborde una cuestión no esencial o no precisa de una solución contractual, o porque haya una disposición —o una regla aplicable por defecto, añaden los comentaristas oficiales del DCFR— para llenar el vacío<sup>260</sup>.

Además, dichos comentarios recogen expresamente una hipótesis (deducible *a contrario sensu* de los casos antes expuestos) de desvinculación plena, cual es que la cláusula suprimida sea *esencial* para el contrato. Concretan esto los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP poniendo el ejemplo de que tal cláusula defina *el objeto principal o el precio*, y argumentan que, como generalmente no hay disposiciones legales que definan esos aspectos del contrato, este no podrá mantenerse sin tales cláusulas esenciales<sup>261</sup>. Los del art. II.-9:408 DCFR señalan, como imposible mantenimiento contractual, que la cláusula sea esencial y no pueda suplirse mediante normas o disposiciones<sup>262</sup>.

Así, la regla del art. II.-9:408(2) DCFR, aparentemente más suave —por sentar el carácter *razonable* del mantenimiento para que este prospere— que la del art. 6:306(2) ACQP, no queda tan por debajo en intensidad práctica si se interpreta, de acuerdo con su exégesis oficial, en el sentido de que no será razonable conservar el contrato cuando la depuración se lleve por delante una cláusula esencial cuyo vacío no pueda colmarse. La nota de razonabilidad para evaluar la viabilidad del contrato depurado de cláusulas abusivas está presente asimismo en art. 77.2 FS, perdiéndose sin embargo en art. 80.2 FS rev. («*Where the contract can be maintained without the unfair contract term, the other contract terms remain binding*»), cuyo tenor pasó tal cual al art. 79.2 CESL. Al respecto se ha dicho que la exclusión de la palabra «razonable» en este precepto de la CESL responde al deseo de preservar la visión más estricta de la Directiva 93/13<sup>263</sup>.

La razonabilidad, como idea rectora para afianzar el contrato remanente o bien descartar la continuación de su vigencia, es recurrente en el DCFR. No sólo se encuentra en el art. II.-9:408(2), sino también en los arts. II.-7:213 y II.-1:108. Este último establece una regla de aplicación general a todos los contratos y demás actos jurídicos, mediante la cual se pretende conservar las relaciones contractuales en la medida de lo posible, estableciendo que si una parte del contrato o acto es inválida o ineficaz, el resto se mantendrá, si resulta razonable conservarlo sin esa parte. No hay en los ACQP disposición semejan-

<sup>260</sup> Añadiendo los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP que no es necesario —para el mantenimiento— que ambas partes hubieran celebrado el contrato sin la cláusula en cuestión. PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 252, 2009, p. 337; DCFR, *Full Edition*, «II.-9:408», p. 656.

<sup>261</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 252, 2009, p. 337.

<sup>262</sup> DCFR, *Full Edition*, «II.-9:408», p. 656.

<sup>263</sup> MARTHINUSSEN, *op. cit.*, p. 103.

te, concentrando el efecto de desvinculación parcial en sede de cláusulas abusivas, donde no serán aplicables –se advierte<sup>264</sup>– las normas de Derecho contractual general, según el cual puede ser totalmente nulo el contrato si una parte del mismo es nula o no vinculante.

El comentario oficial del art. II.-1:108 DCFR señala, por un lado, las situaciones en que la regla de invalidez o ineficacia parcial («*partial invalidity or ineffectiveness*» reza su enunciado) puede resultar operativa como, por ejemplo, *cuando una cláusula infrinja las reglas sobre cláusulas abusivas* –por ser esta cláusula ineficaz–, un principio fundamental aplicable –por ser entonces nula– o una regla imperativa que prevea que tal cláusula es nula, inválida o ineficaz, o cuando, tratándose de un contrato mixto (*ex art. II.-1:107 DCFR*), no se haya cumplido con un requisito formal necesario para su validez –*ergo* contrato con una parte inválida–<sup>265</sup>. Por otro lado, en tanto que se hace depender el mantenimiento de un juicio de razonabilidad, ofrece pautas (las mismas señaladas, por cierto, en el comentario oficial del art. 15:103 PECL<sup>266</sup>, regulador de la «*partial ineffectiveness*»<sup>267</sup>) que podrían tenerse en cuenta para tal evaluación: que la parte restante perdure o no de forma independiente sin la parte invalidada (lo cual se ha interpretado como que el resto del contrato tenga los *elementos esenciales* para continuar siendo válido y eficaz<sup>268</sup>); si las partes hubieran acordado un contrato solamente con el contenido remanente; y el efecto que la invalidez parcial tenga sobre el equilibrio de las respectivas obligaciones de las partes<sup>269</sup>.

<sup>264</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 251, 2009, p. 336.

<sup>265</sup> DCFR, *Full Edition*, «II.-1:108», p. 158. Nótese los distintos términos usados: nulo (*void*), ineficaz/ineficacia (*ineffective/ineffectiveness*), inválido/invalidez (*invalid/invalidity*). En el DCFR se nota un esfuerzo por aclarar la terminología empleada; así, su Anexo de Definiciones recoge lo que se entiende, en relación con un acto o relación jurídica, por «nulo» («“Void”... means that the act or relationship is automatically of no effect from the beginning»), «anulable» («“Voidable”... means that the act or relationship is subject to a defect which renders it liable to be avoided and hence rendered retrospectively of no effect»), «anulación» («“Avoidance”... is the process whereby a party or, as the case may be, a court invokes a ground of invalidity so as to make the act or relationship, which has been valid until that point, retrospectively ineffective from the beginning»), «ineficaz» («“Ineffective”... means having no effect, whether that state of affairs is temporary or permanent, general or restricted») e «inválido» («“Invalid”... means that the act or relationship is void or has been avoided»).

<sup>266</sup> Vid. LANDO/CLIVE/PRÜM/ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 221.

<sup>267</sup> No es casual, por tanto, que entre las situaciones, indicadas vía comentario oficial *ex art. II.-1:108 DCFR*, en que la invalidez o ineficacia parcial puede resultar aplicable, se encuentren la infracción de principios fundamentales o reglas imperativas, pues esto mismo prevé el propio tenor del art. 15:103 PECL para la ineficacia parcial al referirse a los arts. 15:101 y 15:102 PECL, reguladores, respectivamente, de los contratos contrarios a los principios fundamentales y de aquellos que violen reglas imperativas. Al respecto, *vid. INFANTE RUIZ, F. J./OLIVA BLÁZQUEZ, F.*, «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», en *InDret*, 3/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>268</sup> GIMÉNEZ COSTA, «II.-1:108», *op. cit.*, p. 112.

<sup>269</sup> DCFR, *Full Edition*, «II.-1:108», p. 158.

Como vemos, acudiendo a la exégesis oficial del precepto aplicable con carácter general (art. II.-1:108), ese carácter razonable puede atender a un criterio objetivo, bien total (que la parte afectada sea o no esencial para la validez y eficacia del contrato), bien matizado (la situación equitativa o no en la posición de las partes), pero también a un criterio cuasi-subjetivo (la supuesta voluntad de las partes objetivada sobre la base de los datos existentes). Incluso se ha apuntado uno –que podría calificarse como puramente subjetivo– en que las partes deciden el destino del contrato parcialmente inválido o ineficaz, trayendo a colación los preceptos reguladores de la «anulación» por vicios del consentimiento, en el sentido de que, al prever el art. II.-7:209 DCFR que dicha anulación opere vía notificación *inter partes*, parece –se ha dicho– que quedará en manos de las partes si afecta a todo o parte del contrato, y que si la cuestión acabara en los tribunales, la carga de la prueba de que sería irrazonable la conservación recaerá en la parte que niegue su conveniencia<sup>270</sup>, *onus probandi* señalado en el comentario al art. II.-7:213 DCFR, también presente en el propio del art. 4:116 PECL<sup>271</sup>, lo cual no extraña pues aquel precepto es trasunto de este último, y este a su vez del art. 3.16 PICC, dedicados los tres a la «anulación parcial» (*partial avoidance*)<sup>272</sup>.

En nuestra opinión, el hecho de que el DCFR regule de forma general la invalidez o ineficacia parcial (art. II.-1:108), y de forma específica la «anulación parcial» (art. II.-7:213) y la desvinculación parcial (art. II.-9:408) no supone, como se ha dicho, una repetición sin demasiada justificación<sup>273</sup>. Consideramos que lo que ha pretendido el DCFR es establecer una norma marco, de cuya exégesis pueda extraerse material aplicable a distintas hipótesis de afectación negocial, señaladamente vicios del consentimiento y clausulado abusivo, pero no como un todo indistinto (de hecho corresponderá al intérprete di-

<sup>270</sup> Así lo entiende GIMÉNEZ COSTA (*op. ult. loc. cit.*) en su análisis del art. II.-1:108 DCFR trayendo a colación, expresamente, el art. II.-7:209, y, sin mencionarlo, el art. II.-7:213 (cuyo comentario oficial en efecto señala ese «onus probandi», *DCFR, Full Edition*, «II.-7:213», p. 527), además de la idea general que preside la regulación del DCFR, cual es la primacía del acuerdo de voluntades y la libertad contractual.

<sup>271</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 4:116 – Comentario», p. 405.

<sup>272</sup> Dispone el art. 3.16 PICC «Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract», redacción prácticamente idéntica se contiene en art. 4:116 PECL («If a ground of avoidance affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract») y en art. II.-7:123 DCFR («If a ground of avoidance under this Section affects only particular terms of a contract, the effect of an avoidance is limited to those terms unless, giving due consideration to all the circumstances of the case, it is unreasonable to uphold the remaining contract»), este último en sede específica de «Vitiated consent or intention» (Book II, Chapter 7, Section 2, arts. II.-7:201-216) y, por ende, la anulación parcial en él prevista se centra en los contratos viciados.

<sup>273</sup> GIMÉNEZ COSTA, «II.-1:108», *op. cit.*, p. 111.

ferenciar lo que se adecúe a cada hipótesis), porque distintas son las situaciones y su eventual corrección.

En efecto, no es lo mismo una contratación donde se parte de una abstracta igualdad de posiciones que otra donde existe ya de inicio un contratante débil (adherente); si en el primer caso acontece vicio de la voluntad, el contrato será parcialmente anulable, si en el segundo concurren cláusulas abusivas, habrá una desvinculación contractual parcial, ambos resultados sin necesidad de intervención judicial, mas para el primero se requiere notificación que en cambio no se precisa para el segundo, y mientras que para la conservación del primer contrato –en su parte no afectada– puede tener valor el que las partes hubieran contratado aun con el contenido remanente, para el destino del segundo carecerá de valor la alegación de que el contrato no se hubiera celebrado sin la parte afectada<sup>274</sup>. A nuestro entender, la regla del art. II.-9:408 es consecuentemente más estricta que la del art. II.-7:213 (cuyo régimen siguen los arts. 52.2 FS y 54.2 CESL), cuyo comentario oficial reproduce literalmente el del art. 4:116 PECL.

Por último, respecto al instrumento modernizador puramente nacional, la PMCC, el criterio seguido en caso de cláusulas abusivas para excepcionar la regla de nulidad parcial (*ex art. 1263.1. I*) es que «las cláusulas subsistentes determinen una situación inequitativa para una de las partes» (art. 1263.1. II, con carácter rígido: «*Sólo cuando...*»). Aquí podríamos reproducir el reproche que hicimos *supra* sobre el TRLCU –antes de modificarse su art. 83 por Ley 3/2014, eliminando ese mismo criterio–, si no fuera por el hecho de que no estamos, en el caso de la PMCC, ante una regulación protectora del consumidor, de hecho para los contratos B2C se remite expresamente (art. 1262.5) a la legislación especial.

### C) REGLAMENTACIÓN SUSTITUTIVA

La consideración de abusividad sobre una determinada cláusula supondrá su desaparición de la *lex contractus*, y una vez verificada la sanción de ineficacia parcial del contrato se plantea la cuestión de si es precisa una labor judicial de readaptación, esto es, si la parte suprimida cicatriza sin más o si genera una laguna contractual que haya de cubrirse.

---

<sup>274</sup> Tanto es así que vía comentario oficial del art. II.-9:408 se señala que, contra el efecto vinculante del resto de contrato, no constituye defensa para el predisponente que el contrato, en los términos remanentes, no le resulte ya propicio (*DCFR, Full Edition*, «II.-9:408», p. 656). Los comentaristas oficiales del art. 6:306 ACQP se muestran en este punto más contundentes, al desechar expresamente, como necesario criterio conservativo, la hipótesis de una eventual contratación por las partes sin la cláusula en cuestión (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:306», 2007, p. 252, 2009, p. 337).

El legislador español parece presuponer esto último dado que se ordena la integración de la parte afectada por la nulidad y ello conforme al art. 1258 CC; así lo dispone el art. 10.2 LCGC y así lo disponía el art. 83 TRLCU, que además confería *facultades moderadoras* «respecto de los derechos y obligaciones de las partes» al juez «a estos efectos», básicamente a fin de subsanar la eventual situación inequitativa en la posición de las partes que pudiera arrojar la continuidad del contrato, de manera que la facultad moderadora se imbricaba en la obligatoria actividad integradora, dotándola de flexibilidad en *pro* de evitar la nulidad total a que daba lugar una situación inequitativa insubsanable (criterio legal sobre subsistencia contractual hasta la Ley 3/2014). De esta labor judicial resultaba una regulación negocial que venía a sustituir a la contenida en la cláusula reprobada.

Ahora bien, el aparente automatismo –a la vista de la fórmula legislativa– de buscar y hallar una regla negocial (vía integración con moderación) para el aspecto que trataba la correspondiente cláusula es negado por la realidad práctica, pues no siempre habrá una efectiva necesidad de proveer al conflicto de las partes. Y es que a veces bastará con tener a la cláusula por no puesta sin más –sin necesidad de sustituir nada–, liberando al consumidor de la obligación o prestación abusivamente impuesta<sup>275</sup>.

En el otro extremo está el legislador europeo, que en la Directiva 93/13 omite toda referencia a la integración, lo que podría interpretarse como un silencio excluyente<sup>276</sup>, en cuyo caso la viabilidad del contrato –desprovisto de clausulado abusivo– no dependería de una actividad integradora cuyo resultado fuese decisivo de la continuación de aquel; o por el contrario, como una exigencia natural del mandato dirigido a los Estados miembros de introducir en sus ordenamientos internos la regla de nulidad parcial coactiva<sup>277</sup>, entendiéndose que el legislador europeo trató de referirse, mediante la fórmula atéc-

---

<sup>275</sup> Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. («Artículo 83», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [coord.], *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 990 y n. 114), poniendo como ejemplo los supuestos del art. 89.3-5 TRLCU y los casos en que la cláusula afecta a la transparencia de los elementos esenciales; BLANDINO (*op. cit.*, 2011, p. 282 y n. 189), señalando el criterio seguido por SSTs 3.6.2008 y 17.3.2010; MIRANDA/PAGADOR (*op. cit.*, 2013), indican casos en que la cláusula regule de manera intransparente los elementos esenciales o puntos respecto de los que ha habido acuerdos individuales o respecto de lo que el adherente se ha forjado expectativas legítimas y razonables que no pueden verse defraudadas por cláusulas predispuestas.

<sup>276</sup> Tesis defendida por TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012a, ptos. 84 y 85.

<sup>277</sup> Entienden MIRANDA/PAGADOR (*op. cit.*) que, pese a no utilizar el art. 6.1 expresamente la palabra «integración», ese mandato exige naturalmente que, en ausencia de la regla contenida en la cláusula predispuesta ineficaz, el ordenamiento interno determine cuál sea la regla que la sustituya, esto es, que establezca mecanismos de integración adaptados a las peculiares circunstancias en que se produce la contratación mediante el empleo de cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario.

nica empleada en el art. 6.1 *in fine*, a los supuestos en que la integración del contrato no resultara posible<sup>278</sup>.

Ha sido el Tribunal de Justicia el que ha venido a aclarar esta cuestión, si bien de forma progresiva, con una resolución que puso en jaque al común entendimiento sobre la materia y cuyo impacto fue notable en la normativa española (hasta el punto de reformarse el art. 83 TRLCU), pareciendo sentar una doctrina que, a pesar de ser acogida en otras sentencias, fue matizada ulteriormente. Sobre esto trataremos en los epígrafes que siguen, sin hacer esta vez referencia a los instrumentos modernizadores europeos pues nada contemplan sobre el particular, cosa que sí hace en cambio la PMCC, que en su art. 1263.1 –antes reseñado– ordena integrar el contrato, a resultas de la nulidad por abusividad, conforme al art. 1243, réplica del actual art. 1258 CC en cuanto a las normas de heterointegración, por tanto, lo que diremos respecto al vigente es predicable de ese otro propuesto.

#### C.I) Integración y moderación vedadas por la jurisprudencia europea. Consideraciones al respecto

En la Sentencia *Banco Español de Crédito*, el Tribunal de Justicia examinó, además del control de oficio en sede de monitorio –conforme antes vimos–, el tratamiento que había de dispensarse a una cláusula abusiva en materia de interés moratorio. Este había sido fijado por una de las condiciones generales del contrato (de crédito al consumo) en un 29%, de suerte que el juez que conocía de la demanda de juicio monitorio, instada por el acreedor, Banesto (que dio por vencido anticipadamente el contrato ante el impago de cuotas de amortización), declaró de oficio la nulidad de dicha cláusula por abusiva y fijó el interés de demora en un 19%, requiriendo a Banesto a fin de que recalculara el importe de los intereses para el período en cuestión. Este fue el fallo del AJPI n.º 2 Sabadell, de 21.1.2010, que fue recurrido por la entidad crediticia ante la AP Barcelona, cuya Secc. 14.<sup>a</sup> planteó al Tribunal de Justicia, por Auto de 29.11.2010, una serie de cuestiones prejudiciales.

En lo que ahora interesa<sup>279</sup>, la segunda de dichas cuestiones rezaba así: «A la luz del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y art. 2 de la Directiva 2009/22/

---

<sup>278</sup> PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 81.

<sup>279</sup> Sobre la primera de las cuestiones planteadas, relativa a la posibilidad de examinar de oficio el carácter abusivo en sede de monitorio, remitimos al análisis que hicimos *supra* en epígrafe 3.1.1. B).

CE<sup>280</sup>, ¿cómo debe interpretarse de manera conforme el art. 83 del Real Decreto Legislativo núm. 1/2007 a tales efectos? ¿Qué alcance tiene, a estos efectos, el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE cuando establece que las cláusulas abusivas «no vincularán al consumidor»?».

Desechando pronunciarse sobre el art. 2 Directiva 2009/22<sup>281</sup>, el Tribunal de Justicia consideró que la cuestión debía entenderse en el sentido de que pedía que se dilucidara si el art. 6.1 Directiva 93/13 se oponía al art. 83 TRLCU, «*que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva*»<sup>282</sup>. Para ello, de acuerdo con la doctrina aplicable cuando se trata de interpretar una disposición europea<sup>283</sup>, se consideró tanto el tenor literal como la finalidad de la norma, siguiendo el análisis que había realizado la Abogada General TRSTENJAK a fin de aclarar si el órgano judicial estaba facultado «en vista de la consecuencia jurídica de que la cláusula contractual abusiva no vinculará al consumidor, prevista en el referido precepto de la Directiva, *para sustituir una cláusula contractual cuyo carácter abusivo ya se ha comprobado por otra que no lo sea*»<sup>284</sup>.

Así, hacía constar TRSTENJAK que la Directiva 93/13 no prevé expresamente ni una *sustitución* de las cláusulas abusivas ni la facultad judicial correspondiente para hacerlo, por contra, su art. 6.1 se limita a establecer la consecuencia jurídica de que tales cláusulas no vincularán al consumidor<sup>285</sup>, previendo el legislador europeo —esta vez sí de forma explícita—, tanto en dicho precepto como en el vigésimo considerando de la Directiva, que el contrato seguirá siendo obligatorio «en los mismos términos»; por tanto, la norma habría de entenderse en el sentido de que aquel, una vez eliminadas las cláusulas abusivas, debe subsistir con las cláusulas restantes en los mismos términos,

<sup>280</sup> «Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores», en *DO L 110*, de 1.5.2009, pp. 30-36; en adelante, Directiva 2009/22.

<sup>281</sup> El litigio principal se ventilaba en el marco de un proceso monitorio iniciado a instancia de una de las partes contratantes y no en el contexto de una acción de cesación ejercitada por una «entidad habilitada» en el sentido del art. 3 de la Directiva 2009/22; por tanto, en la medida que tal Directiva no resultaba aplicable a dicho litigio, mantuvo el TJ que no procedía pronunciarse sobre el art. 2 de la misma.

<sup>282</sup> Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 58-60.

<sup>283</sup> Que no debe interpretarse exclusivamente de manera literal, sino también tomando en consideración la lógica interna y los objetivos del sistema del que forma parte (SSTJ 11.12.2003, *Hässle*, C-127/00, aptdo. 55; 3.9.2009, *AHP Manufacturing*, C-482/07, aptdo. 27; 8.12.2011, *Merck Sharp & Dohme*, C-125/10, aptdo. 29).

<sup>284</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012a, pto. 82.

<sup>285</sup> Lo cual había sido apuntado por KAPNOPOULOU, *op. cit.*, p. 151.

siempre que ello sea jurídicamente posible, «*lo cual conceptualmente ya excluye toda sustitución de cláusulas o integración del contrato*»<sup>286</sup>.

Acogiendo este argumento basado en la literalidad de la norma, el Tribunal de Justicia señala que, de la letra del art. 6.1, resulta que *el juez nacional debe únicamente dejar sin aplicación la cláusula controvertida, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma*, de manera que «el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, *sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas*, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible».

Tal interpretación, recogida en la Sentencia *Banco Español de Crédito* (aptdo. 65) – reiterada después en Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (aptdo. 57), Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* (aptdo. 28), y Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* (aptdo. 57)–, vendría además confirmada, según el Tribunal de Justicia, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13<sup>287</sup>. Y es que, según su jurisprudencia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de esta<sup>288</sup>, siendo uno de sus objetivos el poner fin al uso de cláusulas abusivas en las operaciones comerciales (así se desprende de art. 7.1 y vigesimocuarta Cdo.), objetivo para cuya logro la Directiva se sirve, como ha reconocido expresamente el Tribunal de Justicia<sup>289</sup>, del «efecto disuasorio» que tiene sobre los profesionales el examen judicial del carácter abusivo<sup>290</sup>.

Señala la Sentencia *Banco Español de Crédito*, siguiendo a TRSTENJAK (como consta en aptdo. 69), que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución de aquel objetivo, dado que dicha facultad «*contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores*», pues «los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario,

<sup>286</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012a, ptos. 84 y 85.

<sup>287</sup> Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 66-68.

<sup>288</sup> Sentencia *Mostaza Claro*, aptdo. 37; Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 26; Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 51.

<sup>289</sup> Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 28; Sentencia *Cofidis*, aptdo. 32; Sentencia *Mostaza Claro*, aptdo. 27; Auto *Pohotovost'*, aptdo. 41.

<sup>290</sup> TRSTENJAK, *op. ult. cit.*, pto. 86.

garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»<sup>291</sup> (argumento reiterado en Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 58; Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 79; Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 31; Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 60). Añade el Tribunal de Justicia que aunque se reconociese al juez nacional tal facultad, esta no garantizaría al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas, de ahí que esa facultad tampoco podría fundamentarse en el art. 8 Directiva 93/13<sup>292</sup>.

Por todo ello concluye el Tribunal de Justicia que el art. 6.1 Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en caso de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva, que tal juez modifique su contenido, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor, y en consecuencia que tal precepto se opone a una norma nacional como la del art. 83 TRLCU, que atribuye al juez, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula (Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdos. 71 y 73).

Con independencia de los –mejorables– términos empleados por el Tribunal de Justicia, la idea parecía nítida: la intervención del juez acababa al declarar la nulidad por abusividad, nada más debía hacer, ninguna reglamentación habría de fijarse (por el método que fuese) en sustitución de la contenida en la cláusula reprobada, erradicándose esta sin más.

La alarma cundió en la doctrina científica<sup>293</sup>, máxime cuando se evidenció que esta línea continuaba en la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*,

---

<sup>291</sup> La Abogada General da una explicación más prolija (ib., pto. 88): señala que la integración, por vía de sustitución de las cláusulas abusivas correspondientes por otras, hace que se reduzcan considerablemente los riesgos para el profesional derivados del empleo de tales cláusulas, pues frente al temor que le supone seguir vinculado a un contrato que pudiera resultarle más desfavorable, esa integración haría que las condiciones contractuales se adapten a una situación conforme a la ley y, por ende, aceptable para él, pero también en los supuestos en que el carácter abusivo pudiera provocar una ineficacia total del contrato puede aquel confiar en que, pese a todo, el contrato conservará su eficacia, lo que, en determinadas circunstancias, puede no redundar en interés del consumidor; la perspectiva de que se acaben subsanando las causas de ineficacia de un contrato y la previsibilidad de los riesgos para el profesional podrían tener el efecto inverso al deseado por el legislador europeo, es más, podrían incitar al profesional a «probar suerte» e incluir el mayor número posible de cláusulas abusivas, porque nada tendría que perder; ejemplos todos ellos que demostrarían que «la posibilidad de que el juez lleve a cabo una integración del contrato a posteriori no sólo suavizaría el efecto disuasorio que dimana del artículo 6 de la Directiva, sino que incluso produciría el efecto contrario», frustrándose con ello los objetivos de dicha Directiva.

<sup>292</sup> Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 70.

<sup>293</sup> Entre nosotros, por todos, MIRANDA/PAGADOR, *op. cit.*; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La arriesgada vida de una Abogada General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93», en <http://derechomercantilespana.blogspot.com>, 15.2.2012. En Italia, ALESSI, *op. cit.*, pp. 398 y 399; D'ADDA, A., «Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva», en *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2014 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com>); *vid.* el amplio estudio crítico de D'ADDA en «Giurispru-

donde el Tribunal de Justicia, al analizar (además del control de oficio en apelación, según antes vimos) la posibilidad de moderación de una cláusula penal considerada abusiva, usó los mismos argumentos empleados en la Sentencia *Banco Español de Crédito*<sup>294</sup>, para concluir que el art. 6.1 Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional moderar el importe de la pena contractual impuesta por esa cláusula al consumidor, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula<sup>295</sup>.

Esta jurisprudencia puso en jaque (mate con la Ley 3/2014) la integración que mandaba el art. 83 TRLCU y la facultad de moderar que tal precepto dispensaba en aras de reconstruir *equitativamente* –en la posición de *ambas partes*– el contrato afectado parcialmente de abusividad. Mas lo cierto es que el problema radicaba en lo segundo y no tanto en lo primero, mejor dicho, radicaba en que, en la labor integradora, se caía habitualmente en el mecanicismo consistente en moderar la reglamentación conforme a un canon, utilizado a su vez como oficioso parámetro de referencia de lo equitativo y lo abusivo. Tal canon era, tratándose de intereses moratorios en la contratación con consumidores, frecuentemente el art. 19.4 LCC (actual art. 20.4 LCCC), esto es, 2’5 veces el interés legal del dinero; de modo que fue práctica extendida la de considerar directamente abusiva la cláusula que fijara un interés superior –y aún peor, descartar, sin más indagación, la eventual abusividad de la que estableciera uno inferior–, en cuyo caso el remedio consistía en reducir el interés al tope supuestamente no abusivo.

Haciendo, por tanto, dejación de la labor integradora ordenada con arreglo al art. 1258 CC, esto es, tratándose de la recomposición de un contrato con cláusulas abusivas, conforme al Derecho *dispositivo*<sup>296</sup>, se acudía realmente a un ins-

---

denza comunitaria e ‘massimo effetto utile per il consumatore’: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto», *I Contratti*, 2/2013 pp. 16-31.

<sup>294</sup> Esto es, por un lado, *literalidad del art. 6.1 Directiva 93/13*, de donde se deduce que el juez debe únicamente dejar inaplicable las cláusulas abusivas, no estando facultado para modificar su contenido, de suerte que el contrato subsiste sin más alteración que la resultante de suprimirlas, solución confirmada, por otro lado, por la *finalidad de la Directiva*, pues dicha facultad mermaría el efecto disuasorio buscado, peligrando así el objetivo de que cese el uso de clausulado abusivo (Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdos. 57 y 58, que siguen explícitamente a los aptdos. 65-69 de la Sentencia *Banco Español de Crédito*).

<sup>295</sup> Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 60, que reformula lo dicho en aptdo. 59: el art. 6.1 Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación de dicha cláusula.

<sup>296</sup> Que en su función integradora procede de varias fuentes: ley, costumbre y principios generales, o en términos del art. 1258 CC, ley, usos y buena fe, que son los elementos previstos para construir la regla que venga a cubrir la eventual laguna contractual. La ley en principio, tanto imperativa como dispositiva, mas en el supuesto de cláusulas abusivas sólo esta última, pues las normas, tanto del TRLCU como de la LCGC, que prohíben los pactos abusivos se limitan a excluirlos del resto del contenido contractual que se mantendrá válido, sin establecer una regulación sustitutiva de la parte ineficaz (de hacerlo –caso de *nor-*

trumento alternativo, la «interpretación integradora»<sup>297</sup>, en concreto al expediente de la *reducción conservadora de la validez*<sup>298</sup>, que desvirtuado en la práctica se traducían en que el juez rebajaba la cláusula al umbral en que no fuera (a su criterio, anclado a una referencia legal aún por analogía) abusiva sin mayores consideraciones<sup>299</sup>, y ello bajo el tácito amparo de la amplia facultad moderadora que dispensaba el art. 83 TRLCU y que flexibilizaba los poderes integradores del juez.

Ahora bien, que se llegara a consolidar esa tendencia no significa que fuera correcta, pues una cosa es que el juez estuviera facultado para readaptar el contrato con moderación y otra bien distinta es que pudiera hacerlo prescindiendo del cauce integrador ordenado por el legislador. Esto es, precisamente, lo que ocurrió en el caso que dio lugar a la Sentencia *Banco Español de Crédito*. Si impropio ya resultaba acudir, con fin sustitutivo, a una norma legal que no fuera Derecho supletorio (habitual recurso a la aplicación analógica del art. 19.4 LCC<sup>300</sup>, y por tanto reducir el interés moratorio a 2'5 veces el interés legal), lo que hizo el juez español fue colmar la supuesta laguna fijando un interés en el tipo que *entendió admisible legalmente*, sin aplicar, como debiera haber hecho, la regla legal supletoria (art. 1.108 CC, *ergo* interés legal del dinero), esto es, la aplicable en defecto de pacto al respecto, sino, como decía el

---

*mas imperativas substitutivas*, como las denomina ALFARO, *op. cit.*, 1991, p. 337–, la norma infringida se aplicaría de forma inmediata, no existiendo en puridad una laguna que debiera ser integrada, pues la regulación aplicable vendría dada de antemano, como indica GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, p. 61), y de hecho remiten para la integración a los criterios previstos en el art. 1258 CC, así, BLANDINO (*op. cit.*, 2011, pp. 280-281) señalando, con cita a VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (*Illicitud contractual*, Valencia, 2002, p. 440), que se habla entonces de ley imperativa –prohibitiva– de eficacia meramente supresiva y de «nulidad parcial eliminatória», como la nulidad que puede desencadenar la infracción de este tipo de normas.

<sup>297</sup> Figura originaria de Alemania, construida y desarrollada por la doctrina germana con apoyo en el § 157 BGB, por la que se entiende aquella integración de lagunas contractuales que tiene lugar obteniendo la regulación cobertora mediante una interpretación del contrato en su conjunto, donde el juez realiza una valoración equilibrada de los intereses de las partes desde la posición de estas y no –como ocurre en caso de integración *stricto sensu*– desde la posición del legislador (ALFARO, *op. cit.*, 1991, pp. 374-375 y p. 384).

<sup>298</sup> Lo que la doctrina alemana llama *geltungserhaltende Reduktion*. Para un detallado estudio de esta figura y análisis sobre su prohibición, *vid.* BONIN, B., «Geltungserhaltende Reduktion», en DÄUBLER, W./BONIN, B./DEINERT, O., *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, Munich, 2014, pp. 138-141, especialmente aptos. 15-17.

<sup>299</sup> En teoría dicha reducción consiste en una labor de interpretación que suple, de acuerdo con la voluntad de las partes (de ahí que se considere un supuesto de «interpretación integradora»; por todos, ALFARO, *op. ult. cit.*, pp. 356 y 423, PERDICES, *op. cit.*, p. 539), la regulación establecida en el contrato por otra cualitativamente análoga, sólo que alterada en cuanto a su extensión o cantidad para su ajuste con la norma infringida (PERDICES, *ib.*). En la práctica, la técnica reductiva no obedecía a tales consideraciones, de hecho si el juez fundamentara en ellas habría de reconocer que no integraba por el cauce legalmente ordenado (esto es, prescindiendo de la voluntad de las partes, readaptar el contrato a partir de la ley, los usos y la buena fe); dicha técnica respondía a una tendencia que operaba de forma mecánica, tolerada bajo el pretexto de las facultades moderadoras del juez.

<sup>300</sup> Que fijaba, como sigue haciéndolo el vigente art. 20.4 LCCC, no el interés a pagar, sino los intereses máximos en descubiertos en cuenta sobre la que se concede un crédito al consumo.

Auto de remisión, siguiendo «un proceso ignoto y arcano»<sup>301</sup>, claro ejemplo de la perversión que alcanzó la práctica judicial reductiva.

TRSTENJAK tomó referencia de la actuación del juez español y entendió que a ello le facultaba el art. 83 TRLCU, identificando la integración ahí prevista con la técnica reductiva. Así se deduce de sus conclusiones<sup>302</sup>, donde señala, con cita a PFEIFFER 303, la «reducción que preserve la validez» como incompatible con la Directiva 93/13, lo cual es cierto pero no deja de serlo también que una correcta interpretación interna lleva a excluir dicha reducción, pues no cabe colmar la eventual laguna contractual, por mucha facultad moderadora que flexibilizara el poder integrador, con lo que las partes hubieran aceptado hipotéticamente más allá del propio Derecho dispositivo aunque este «más allá» fuera admisible en Derecho<sup>304</sup>. De hecho, nuestra doctrina científica ya había apuntado la inadmisibilidad de la reducción conservadora en el ámbito de las condiciones generales<sup>305</sup> y derecho de consumo<sup>306</sup>.

La cuestión que realmente subyace es la utilización de la parte del contrato declarada ineficaz a la hora de integrar, lo cual sería factible si se tratara de cláusulas genuinamente consentidas<sup>307</sup> pero no en caso de cláusulas predisuestas por el profesional e impuestas al consumidor, pues estas no pueden considerarse expresión de la voluntad común de los contratantes, y por ende el juez no puede usarlas para integrar ni limitarse a recortarlas en la medida en que sean abusivas y admitirlas en cuanto no lo sean<sup>308</sup>; ello sería tanto como sostener que una cláusula abusiva es nula pero sólo *parcialmente*<sup>309</sup>, lo que atenta

<sup>301</sup> En el AAP Barcelona ya referido se recogen elementos del caso que no aparecen –ni parecen haberse tenido en cuenta– en las conclusiones de TRSTENJAK ni en la propia Sentencia *Banco Español de Crédito*. Así, el Auto explica, por un lado [AH 1.º], que la resolución recurrida (AJPI n.º 2 Sabadell) dice usar como parámetro de abusividad el límite del art. 19.4 LCC, los intereses Euribor y del BCE, recogiendo los tipos de interés legal del dinero y legal moratorio de las leyes de presupuestos de 1990 a 2008 –esto último sí se refleja en la STJ– «y fija el interés moratorio en el 19% *atendiendo a lo dicho y al art. 576 LEC*»; por otro [FJ 1.º], que el juez *a quo*, al integrar, fija el interés de demora «en un cálculo que sigue un proceso ignoto y arcano», que no responde a una media, ni a incrementar en 2 ptos. ninguno de los intereses manejados (argumento *ex art. 576 LEC*), ni en 2'5 veces el interés legal del dinero (argumento *ex art. 19.4 LCC*).

<sup>302</sup> TRSTENJAK, *op. cit.*, 2012a, pto. 89 y nota 105.

<sup>303</sup> *Op. cit.*, 2009b, aptdo. 7, p. 2.

<sup>304</sup> CARRASCO, *op. cit.*, 2007, p. 190.

<sup>305</sup> Desde una concepción declarativa de estas, ALFARO, *op. cit.*, 1991, pp. 435-436; desde una posición contractualista, PERDICES, *op. cit.*, pp. 539-542. En cambio SARAZÁ (*op. cit.*, 1994, pp. 41 y 42) afirma la admisibilidad en ciertos casos de la reducción conservadora de la validez de las condiciones generales.

<sup>306</sup> Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 83», *op. cit.*, 2009, pp. 991-993.

<sup>307</sup> En tal supuesto es obvio que los acuerdos que resultaran nulos reflejan la voluntad de las partes, de modo que podrían servir para determinar la reglamentación sustitutiva.

<sup>308</sup> MIRANDA/PAGADOR (*op. cit.*), indicando que el TJ confundió la integración (imprescindible) con el uso de las cláusulas declaradas abusivas como instrumento de integración contractual (inadmisible).

<sup>309</sup> Para ALFARO (*op. ult. cit.*, p. 403) no existe distinción entre reducción y nulidad parcial de una cláusula, haciéndose eco de la doctrina alemana de igual opinión (*ib.*, p. 405, n. 185). Defienden, en cam-

contra la nulidad de protección del adherente-consumidor<sup>310</sup> y ni la Directiva 93/13 ni nuestra normativa prevén otra cosa que no sea la ineficacia integral de dicha cláusula. Acierta, por tanto, TRSTENJAK al advertir el perverso efecto incentivador del abuso que puede producir la reducción (lo cual no constituye ninguna novedad entre nosotros<sup>311</sup>), pero yerra al hacer una asimilación indiscriminada con toda labor integradora, y al seguirla el Tribunal de Justicia, se inició una doctrina que, interpretada literalmente, puede ser contraproducente.

En efecto, si bien con la Sentencia *Banco Español de Crédito* y la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* quedó confirmada la prohibición de reducción –de cláusulas «excesivas», penales o de intereses moratorios– en los contratos de consumo<sup>312</sup> (efecto positivo), al sentar, sin aparentes matices, que el juez ha de excluir *pura y simplemente* la aplicación de cláusulas abusivas, quedaría impedida la integración –y con ella, sí por fortuna, la moderación *ex art. 83 TRLCU*<sup>313</sup>– aun en los casos en que fuera necesaria para evitar una total nulidad del contrato que resultara nociva para el consumidor (efecto negativo). El problema es que el legislador español, al afrontar la reforma del art. 83 TRLCU –bajo la Ley 3/2014– acogió literalmente esa doctrina del Tribunal de Justicia, erradicando toda integración y moderación, cuando hubiera bastado (*a priori*, salvedad hecha de lo que diremos en el siguiente epígrafe) con eliminar esta última –o por lo menos en los términos en que se admitía– y puntualizar que las cláusulas declaradas abusivas no podrían ser utilizadas en la labor integradora<sup>314</sup>.

---

bio, un tratamiento diferenciado, entre otros, WITTE, P. J., *Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Münster, 1983, pp. 106-107; SCHMIDT, H., *Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg, 1986, pp. 117-118.

<sup>310</sup> De ahí que PERDICES (*op. cit.*, p. 539) afirme que la nulidad parcial del contrato como regla de protección se completa con la regla de nulidad total de la cláusula.

<sup>311</sup> Por todos, CARRASCO (*op. ult. cit.*, p. 189) quien señala que así el predisponente tendría incentivos para extremar su ventaja, pues siempre podrá conceder hasta el límite de lo que se le hubiera permitido.

<sup>312</sup> BONIN, *op. cit.*, p. 140, aptdo. 17.

<sup>313</sup> En virtud de esas facultades moderadoras, el juez podía entender más equitativo para «la posición de las partes» la reducción de la cláusula que su sustitución por el Derecho dispositivo. El riesgo, por tanto, de tal injerencia era tan grande, al tiempo que inaceptable el entonces criterio legal de subsistencia del contrato (situación equitativa de *ambas* partes) a cuyo fin se dispensaba la facultad moderadora, que hubiera sido impecable un pronunciamiento del TJ desterrando tan sólo dicha facultad.

<sup>314</sup> Proponían MIRANDA/PAGADOR (*op. cit.*), antes de implementarse la reforma pero a la luz del entonces proyecto de ley, dicha puntualización –pero sin tocar la facultad moderadora– junto con una previsión expresa de que las cláusulas abusivas se sancionaran con la nulidad total. Entendemos que esto último resultaba innecesario a la vista de la literalidad del precepto («Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»), que entonces y también ahora –este pasaje se mantiene tal cual– no parece dejar margen para una interpretación *pro* nulidad parcial de tales cláusulas, por lo menos en su sentido material; para un estudio sobre qué debe entenderse por cláusula y consecuentemente hasta dónde alcanza la sanción de nulidad, *vid.* PAGADOR, *op. cit.*, 1999, pp. 632 y ss.

Afortunadamente el Tribunal de Justicia vendría después a matizar la negativa a la integración en la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, precisamente para evitar el resultado nocivo a que conduciría una prohibición absoluta, la cual, sin embargo, se mantiene respecto a la moderación de cláusulas cuya abusividad sea declarada, y ello con independencia del supuesto residual en que la propia ley *ordena* una medida moderadora (no ya que *faculte* al juez a adoptarla *tras* la sanción de nulidad, como hacía el art. 83 TRLCU) *previa* al examen del carácter abusivo, tal como ocurre con la DT 2.<sup>a</sup> de la Ley 1/2013<sup>315</sup>, según la interpretación realizada por la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, seguida por Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* y Auto *Banco Grupo Cajatres*, al estimar que la aplicación de dicha disposición no puede prejuzgar la apreciación de tal carácter ni impedir, en caso de constatarse este, que el juez excluya sin más la cláusula en cuestión<sup>316</sup>.

Se puede decir, por tanto, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: i) rechaza, en todo caso, la moderación de cláusulas abusivas así como la integración operada mediante reducción conservadora de la validez de la cláusula reprobada; ii) admite *excepcionalmente* la integración por un cauce y supuesto concretos, fuera de los cuales se mantiene la doctrina de que la labor judicial, constatada la existencia de una cláusula abusiva, se limita a excluir pura y simplemente su aplicación, sin fijar una reglamentación que sustituya a la que allí se contenía. En qué caso y por qué vía se permite integrar, y cómo queda entonces la situación nacional con la actual redacción del art. 83 TRLCU –que no prevé integración alguna–, son cuestiones que trataremos de responder a continuación.

## C.II) Integración admitida por el Tribunal de Justicia. Situación nacional con la reforma operada por Ley 3/2014

Dos años después de dictarse la Sentencia *Banco Español de Crédito*, el Tribunal de Justicia vino a matizar su doctrina sobre la integración del contrato parcialmente nulo. Lo hizo en la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, a raíz de

---

<sup>315</sup> Que obliga al juez, que conoce de un procedimiento de ejecución de hipoteca sobre vivienda habitual, iniciado y no concluido a la entrada en vigor de dicha ley y en que se hubiera fijado ya la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución, a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de una cláusula del préstamo hipotecario que fija intereses moratorios calculados a partir de un tipo superior al triple del interés legal del dinero (esto es, el nuevo límite a los intereses moratorios en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, conforme al añadido, por art. 3.2 Ley 1/2013, pfo. II del art. 114 LH) a fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite.

<sup>316</sup> Vid. Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 42; Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdo. 46; Auto *Banco Grupo Cajatres*, aptdo. 42. Para un mayor análisis de estas resoluciones remitimos al epígrafe 4.4.3. A. II.

una petición de decisión prejudicial realizada por la *Kúria*, tribunal supremo húngaro, en un caso donde se daba la circunstancia de que el órgano de apelación, confirmando el fallo de primera instancia sobre la abusividad de una cláusula reguladora de las condiciones de devolución de un préstamo hipotecario en divisas<sup>317</sup>, declaró que procedía modificar dicha cláusula para eliminar su carácter abusivo *sustituyéndola por una norma jurídica supletoria del Derecho nacional*.

Ante tal circunstancia, la *Kúria* preguntó al Tribunal de Justicia, además de por los conceptos *ex art. 4.2 Directiva 93/13* y la transparencia ahí exigida para que opere la exención de control (cuestiones primera y segunda, de cuya respuesta dimos cuenta en epígrafe 2.3.2. A, I y II, respectivamente), la siguiente cuestión (tercera prejudicial): «¿Han de interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el apartado 73 de la sentencia Banco Español de Crédito, en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional no puede eliminar, en beneficio del consumidor, las causas de invalidez de una cláusula abusiva incluida entre las condiciones generales de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, *modificando la cláusula contractual de que se trate e integrando el contrato, ni siquiera si, de no obrar así, en caso de que se suprima dicha cláusula, el contrato no puede subsistir* sobre la base de las cláusulas contractuales restantes? A estos efectos, ¿tiene relevancia que el Derecho nacional contenga una norma supletoria que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule en su lugar la cuestión jurídica de que se trate?».

La duda era pues si la integración realizada por el tribunal de apelación, *bajo la premisa de que la pura eliminación de la cláusula reprobada comprometería la subsistencia del contrato* (la *Kúria* afirmó que efectivamente así era, como indica en sus conclusiones WAHL, quien compartía tal extremo al entender que dicha cláusula constituía uno de los pilares esenciales del préstamo<sup>318</sup>), se oponía al art. 6.1 Directiva 93/13, en el sentido de que pudiera resultar contraria a la solución dada en la Sentencia *Banco Español de Crédito*, que, recordemos, sentaba tajantemente en su aptdo. 73 la prohibición de integración tras la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contenida en contrato B2C.

La respuesta a esta cuestión prejudicial parte de la reiteración por parte del Tribunal de Justicia de que: i) tal precepto europeo se opone a una norma-

<sup>317</sup> El préstamo se firmó en francos suizos y se entregó en florines húngaros, obligándose los prestatarios a pagar las cuotas de amortización en su moneda nacional en función del tipo de cambio aplicable en el momento de los pagos. Se estipuló que el tipo de cambio aplicado a la entrega del préstamo era el de compra del franco suizo, mientras que el aplicable a la devolución del préstamo era el de venta de dicha divisa, según la cláusula III/2, que fue la impugnada por los prestatarios, sosteniendo que de forma opaca facultaba al banco para repercutirles el *spread* (diferencia entre el precio de compra y de venta de la divisa).

<sup>318</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, pto. 62 y n. 19.

tiva nacional que faculte al juez a integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva en lugar de tan sólo declararla nula; ii) esta solución se fundamenta en el carácter incentivador del abuso que dicha facultad puede generar entre los profesionales, poniendo ello en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 Directiva 93/13 (Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 77-79, con cita expresa a los aptdos. 68, 69 y 73 de la Sentencia *Banco Español de Crédito*). Esta doctrina, que el Tribunal de Justicia sigue manteniendo, parecería conducir irremediabilmente a una respuesta negativa, mas no fue el caso: en una suerte de conversión a regla general (desde la aparente prohibición absoluta de integración), la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* vino a articular una *excepción* a aquella, resultado que no llega a entenderse plenamente acudiendo tan solo al texto de dicha sentencia. En efecto, es preciso atender a la construcción argumental del verdadero artífice intelectual del pronunciamiento europeo: nos referimos al Abogado General WAHL y a su tarea matizadora de aquella doctrina, que acomete en las conclusiones presentadas para el caso *Kásler*:

La necesidad de rebajar el tono maximalista de la jurisprudencia sobre la integración era una obviedad, pues si bien una línea tan tajante resultaba meritoria para desterrar la técnica reductiva que se venía empleando como mecanismo integrador, este efecto positivo quedaba empañado en la medida en que limitar la labor judicial —una vez constatada la abusividad— a pura supresión del clausulado reprobado no siempre beneficia al consumidor. De hecho, podría perjudicarlo cuando la continuación del contrato sin dicho clausulado no fuera, *en virtud de las normas de Derecho interno, jurídicamente posible* (recordemos, criterio de subsistencia apuntado en la Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 65, Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, aptdo. 57, y Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 28), pues ello supondría la ineficacia integral del contrato, con la consiguiente pérdida del bien o servicio contratado, que es, precisamente, lo que trata de evitar la nulidad de protección *ex art. 6.1* Directiva 93/13.

Afortunadamente, de esto se dio cuenta WAHL: partiendo de la consideración de que la cláusula controvertida en el caso *Kásler* establecía una prestación esencial del contrato que como tal lo caracteriza, observa que su eliminación sin más —esto es, sin integración— acarrearía la no supervivencia y correspondiente nulidad total de dicho contrato, que, al ser un préstamo hipotecario, traería consigo la *inmediata devolución* de la totalidad del préstamo y, ante la imposibilidad de hacerle frente, la consiguiente ejecución de la hipoteca; por tanto, si se impediera integrar en tal caso se estaría penalizando al consumidor más que al profesional, y consecuentemente este último se vería alen-

tado a usar cláusulas abusivas en sus contratos, peligrando así el efecto disuasorio de la sanción de nulidad de tales cláusulas<sup>319</sup>.

El argumento de WAHL es lógico y favorable a la integración, pero ¿cómo lo compatibiliza con el fallo de la Sentencia *Banco Español de Crédito*? Pues señalando que la prohibición de integrar realmente se refería a un supuesto concreto, en que la cláusula controvertida tiene carácter *accessorio*, cuya pura supresión no compromete la existencia del contrato ni resulta perjudicial para el consumidor<sup>320</sup>. Ciertamente la cláusula de intereses moratorios del asunto *Banco Español de Crédito* cumple tales premisas, que no se darían, por entenderla esencial, en la cláusula relativa al tipo de cambio de divisa del caso *Kásler*, pero los matices señalados ahora por el Abogado General –accesoriedad de la cláusula luego subsistencia del contrato desprovisto de ella *ergo* no integración– no se contemplaron entonces por TRSTENJAK en sus conclusiones acerca del asunto español ni por el Tribunal de Justicia en su sentencia sobre el mismo, donde no acotó la prohibición a ningún parámetro; tanto es así que ahora WAHL advierte que no es «*conveniente en este caso [cláusula esencial] extender la orientación dada por el Tribunal de Justicia [prohibición de integración] a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional nacional sustituya la cláusula abusiva nula por una disposición de Derecho nacional supletoria*»<sup>321</sup> (corchetes y su contenido nuestros).

Dicho esto, a WAHL le restaba por alegar la compatibilidad de integrar por esta vía con el art. 6.1 Directiva 93/13, lo cual hizo señalando<sup>322</sup> que la sustitución de la disposición contractual –abusiva– por la legal supletoria, que se presume equilibrada<sup>323</sup>, se ajusta al objetivo de tal precepto (restablecer el equilibrio entre las partes) y al buscado por el legislador europeo en el marco de la Directiva: subsanar el desequilibrio, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, como recogen la Sentencia *Pereničová y Perenič* (apdo. 31) y Sentencia *Jörös* (apdo. 46), doctrina que reproduce la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (apdo. 82).

La Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* toma el argumento de WAHL sobre la posibilidad de integrar vía norma supletoria nacional (lo reproduce en aptdos. 81 y 82) y la necesidad de hacerlo para evitar la frustración del efecto disuasorio derivada de penalizar –con la no integración– al consumidor más

<sup>319</sup> WAHL, *op. cit.*, 2014a, ptos. 98 y 102.

<sup>320</sup> *Ib.*, pto. 97.

<sup>321</sup> *Ib.*, pto. 99.

<sup>322</sup> *Ib.*, ptos. 100 y 101.

<sup>323</sup> Para ello recuerda la presunción, contenida en el decimotercer considerando de la Directiva, de que las disposiciones nacionales no contienen cláusulas abusivas (WAHL, *op. cit.*, 2014a, nota 33).

que al profesional (aptos. 83 y 84), pero *esto último no lo ata expresamente el Tribunal de Justicia con la esencialidad de la cláusula*, y no lo hace de forma explícita porque entonces caería en lo que había tratado de evitar con ocasión de la primera cuestión prejudicial (esto es, calificar la cláusula controvertida como atinente o no al objeto principal del contrato<sup>324</sup>), *aunque se deduce que tal es la premisa que subyace para admitir la integración*.

Nótese, en efecto, que, en el aptdo. 85 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia concluye diciendo que el art. 6.1 Directiva 93/13 «debe interpretarse en el sentido de que, *en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva*, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional». A mayor abundamiento, en la ulterior Sentencia *Unicaja Banco y Caixa-bank* se señala (aptdo. 33) que esta posibilidad –integración vía norma nacional supletoria– «*queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad*».

Y ¿cuándo se daría tal circunstancia? En la lógica de la Directiva, cuando dicha cláusula formara parte del objeto principal del contrato, esto es, que regulara una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza, en palabras de Tribunal de Justicia<sup>325</sup>, o en las de WAHL (pto. 62), por constituir «uno de los parámetros esenciales, en la medida en que, de no existir dicha cláusula, la ejecución del contrato quedaría comprometida». No obstante, como sabemos, el Tribunal de Justicia remite a las normas de Derecho interno en cuya virtud el mantenimiento del contrato, despojado sin más de las correspondientes cláusulas, sea *jurídicamente posible*, lo cual no supone acudir ya a las normas internas que regulen un criterio de subsistencia a aplicar sobre el resultado de la integración (es decir, que fijen, a la luz de ella, si el contrato puede o no continuar), porque la posibilidad de integrar se condiciona, precisamente, a que, tomando el contrato sin otra modificación que la resultante de la pura supresión de las cláusulas reprobadas, no fuese jurídicamente viable que siguiera existiendo; en el caso español, porque quede huérfano el contrato de los elementos *ex art. 1261 CC*.

Por tanto, la posibilidad de integrar dependerá de: i) las implicaciones que la simple erradicación de la cláusula tenga para el consumidor, de modo que si

---

<sup>324</sup> Mientras WAHL (*op. cit.*, 2014a, pto. 62) no tiene reparos en afirmar que la cláusula forma parte del objeto principal del contrato, el TJ se limita a indicar los criterios que debe atender el juez nacional a tal efecto, remitiendo a este para que realice la comprobación (Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptos. 45, 51 y 59).

<sup>325</sup> Según el significado dado por la propia Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (aptdo. 49).

no le acarrea consecuencias negativas –la ejecución del contrato es legalmente viable–, no habrá que plantearse integración alguna, porque sólo se admitirá en caso contrario<sup>326</sup>; ii) la existencia en Derecho nacional de una norma que prevea integrar por la vía aceptada a nivel europeo<sup>327</sup>; iii) que haya una disposición nacional supletoria de la reglamentación a sustituir<sup>328</sup>, por ser este el único cauce integrador autorizado por el Tribunal de Justicia en este ámbito.

A la luz de tales premisas el legislador español no sale bien parado, pues entre la Sentencia *Banco Español de Crédito* y la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* tuvo lugar en nuestro país una modificación legislativa que eliminó, en sede específica de nulidad del clausulado abusivo, toda posibilidad de integración. Nos referimos a la reforma del art. 83 TRLCU, operada por Ley 3/2014, paradójicamente para dar cumplimiento a la primera de esas sentencias<sup>329</sup>. Si antes tal precepto ordenaba integrar el contrato parcialmente nulo remitiendo al art. 1258 CC –y por ende, factible aplicación de la ley dispositiva–, ahora establece que, declaradas nulas por abusivas las correspondientes cláusulas, el contrato «*seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*», es decir, se limita a reproducir tal cual el art. 6.1 *in fine* Directiva 93/13.

De poco serviría al juez nacional que la jurisprudencia europea aceptara la integración si no pudiera darle un anclaje positivo, si no hay una norma interna que le habilite para ello. Claramente la misma no existe en sede específica, porque esa disposición *era* el art. 83 TRLCU, entonces ¿aún conservamos alguna norma que permita a nuestros jueces realizar la integración por la vía autorizada?, y en caso afirmativo ¿permitiría hacerlo para el supuesto admitido por el Tribunal de Justicia, *ergo* cuando el contrato no pueda subsistir desprovisto de la cláusula reprobada?

<sup>326</sup> Así se deduce de la argumentación utilizada por la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (especialmente, aptdos. 83 y 84), y de ponerla en relación con los aptdos. 33 y 34 de la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*.

<sup>327</sup> Como bien indica PAZOS CASTRO, R. («El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual», en <http://revistas.usc.es/boletincede>, Comentario 5/2014, p. 11) la Directiva no obliga a aplicar una norma supletoria nacional para salvar la validez de un contrato que no puede subsistir sin las cláusulas abusivas, sino que *simplemente faculta a los Estados a prever tal posibilidad* en sus ordenamientos internos. La observación es correcta si reparamos en el –*supra* reseñado– aptdo. 85 de la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, al establecer que el art. 6.1 Directiva 93/13 «no se opone a una normativa nacional que *permite* al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional». Son, por tanto, dos normas nacionales que entran en juego: la que prevé la facultad de integrar vía disposición legal supletoria y la que, en su caso, regule la cuestión de que se trate a falta de pacto al respecto (esto es, la norma supletoria).

<sup>328</sup> En este sentido, señala D'ADDA (*op. cit.*, 2014, pp. 8 y 9) que con la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* el TJ, por primera vez, dice claramente que el juez puede redefinir el contenido de una cláusula, nula por abusiva, que sea *esencial*, debiendo evitarse la nulidad total del contrato aplicando la disposición supletoria *si es que ésta existe*.

<sup>329</sup> *Vid.* Preámbulo, III, de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en *BOE* n.º 76, de 28.3.2014, Sec. I, p. 26970.

Tratándose de condiciones generales que sean declaradas nulas por abusivas, pudiera plantearse, forzando una interpretación armonizadora que salvara la aplicación literal del vigente art. 83 TRLCU (específico para el clausulado abusivo<sup>330</sup>, fuera o no general), acudir al art. 10.2 LCGC, que sigue contemplando la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 CC<sup>331</sup>, pero el inconveniente es que no la contempla para el supuesto previsto por el Tribunal de Justicia, esto es, integración cuando el contrato *no pueda* quedar en pie sin la cláusula en cuestión; de hecho, la LCGC ordena el proceso inverso: integrar el contrato y analizar su viabilidad tras ello. No cabe apriorísticamente, como parece desprenderse del art. 10 LCGC, determinar la subsistencia o no del contrato a la luz del vacío dejado por la cláusula nula<sup>332</sup>, pero es que, aun entendiéndose lo contrario, es decir, que en su virtud la viabilidad del contrato (sin dicha cláusula) deba verse antes de la integración –para permitir la o denegarla *a posteriori*–, la solución sería distinta a la del Tribunal de Justicia, pues en tal hipótesis, cual sería que el juez *a priori* determinase que la nulidad de la cláusula se lleva por delante un elemento esencial (eventualidad que ha venido considerándose excepcional dados los previos poderes integradores), no podría pasar a integrar el contrato sino a declararlo totalmente nulo conforme al art. 9.2 LCGC.

Pudiera pensarse que la solución pasaría entonces por ir directamente al art. 1258 CC, pero una cosa es que en el ámbito del contrato por adhesión (particular o con condiciones generales) haya una remisión a aquel para integrar, y otra es que se acuda tal cual al precepto que en puridad rige la integración del contrato por negociación, cuando de lo que se está hablando es de sustituir una cláusula abusiva, que por definición legal es no negociada; objeción que, no obstante, cabría matizar bajo el entendimiento de que los elementos de integración *ex art.* 1258 CC son definidores del *contenido natural* del contrato –independiente de cómo se haya suscrito y de lo reglado documental-

---

<sup>330</sup> Y que como tal debe por principio prevalecer frente a otras normas, razón que para PAZOS (*op. cit.*, pp. 12-13) descartaría la posibilidad de integrar mientras no se reforme, de nuevo, tal precepto.

<sup>331</sup> Aparte de la idéntica remisión al art. 1258 CC, la norma del TRLCU añadía el «principio de buena fe objetiva» y la de LCGC sigue añadiendo las «disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo», pero cabe argumentar lo superfluo de ambas alusiones: la primera por entender que la buena fe ya está contemplada dicho precepto del CC como algo no distinto de la buena fe objetiva (CARRASCO, *op. cit.*, 2010, p. 812), la segunda porque no cabe ahí la *interpretación integradora* con base en la voluntad de las partes sino una integración conforme a los parámetros que ya derivan del art. 1258 CC (GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 83», *op. cit.*, 2009, p. 990 y doctrina citada en nota 113).

<sup>332</sup> PERDICES, *op. cit.*, p. 530 y autores citados en nota 31.

mente—, de modo que su aplicación se precisaría, haya o no una laguna contractual, para dotar al contrato *de lo que es normal* según el tipo celebrado<sup>333</sup>.

Se ha apuntado que en la integración del contrato por adhesión hay que tener en cuenta el art. 65 TRLCU, y que en base al mismo sería posible la labor integradora ante la nulidad de un clausulado abusivo, por entender que con la Ley 3/2014 se ha eliminado la integración *pro* predisponente (al modificarse el art. 83 TRLCU) pero no la que beneficia a los adherentes-consumidores, que quedaría en pie como un derecho de éstos<sup>334</sup>; argumento que podría compartirse hasta la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aunque tras ella es más discutible en orden a su compatibilidad con la jurisprudencia europea: efectivamente, el art. 65 TRLCU no sufrió cambio alguno, de modo que sigue contemplando la integración del contrato *pro* consumidor, lo que en principio encajaría con el fallo del Tribunal de Justicia, *pero* dicha integración se ordena únicamente «conforme al principio de buena fe objetiva» y por tanto se trataría de subsanar la nulidad de la cláusula, no a través de su sustitución por una disposición nacional supletoria, como autoriza dicho Tribunal, sino dando entrada en la relación contractual a un complejo de normas que carecen de formulación positiva concreta<sup>335</sup>.

Ante este panorama está por ver cómo lidiarán los tribunales españoles con las consecuencias de la nulidad del clausulado abusivo, empezando por buscar un anclaje positivo a la integración admitida por el Tribunal de Justicia, porque es discutible, a falta de una eventual intervención legislativa, que la normativa vigente les faculte para ello. Lo que parece claro es que para llevar a cabo dicha integración se requiere, presupuesto el precepto interno que la permita en abstracto, la existencia de una disposición nacional que supletoriamente recogiera la regulación de que se trate (de no haberla no cabría integrar, porque la norma dispositiva no es ya el instrumento primario de integración, sino el único autorizado), y una premisa específica, cual es que la cláusula que haya incurrido en abusividad posea un carácter tan fundamental en el sistema del contrato en cuestión que su erradicación comprometa la existencia de este (perjudicando así al consumidor), lo que, vista la jurisprudencia nacional surgida con la STS 9.5.2013,

<sup>333</sup> Vid. PASQUAU, «DA 1.ª, 3», *op. cit.*, 2000, pp. 788, para quien, precisamente, esa *normalidad* es la que integrará el contrato una vez que se hayan amputado las cláusulas abusivas, pudiendo incluso extenderse el contenido contractual más allá de lo pactado, esto es, sin el previo paso de la anulación de una parte: la razonable expectativa normativa de las partes se fragua por una combinación de la naturaleza del contrato, los usos y la ley dispositiva, elementos que deben teñirse del principio de buena fe, *ib. p.* 791, con preceptiva cita a LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDPR*, n.º 64, 1980, pp. 50-78.

<sup>334</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», en *DLL*, n.º 8330, 11.6.2014, p. 2.

<sup>335</sup> Como entendía COSSÍO la buena fe objetiva (*El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, p. 244). Frente al art. 1258 CC, que prevé varias fuentes integradoras (ley, uso y buena fe), el art. 65 TRLCU restringe la integración en favor de una de las partes contratantes, el consumidor, y sólo conforme a la buena fe.

nos sitúa en una hipótesis de integración cuando del control de transparencia quede afectado un elemento esencial de dicho contrato<sup>336</sup>.

Por ahora, el Tribunal Supremo ha tomado nota de la jurisprudencia europea, extrayendo de ella la conclusión de que *«la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor»*<sup>337</sup>; al tiempo que ha señalado, en un caso de contrato celebrado estando vigente el art. 10.bis.2 LCU (cuya redacción pasó al art. 83 TRLCU y así se mantuvo hasta la Ley 3/2014), que *«es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor»*<sup>338</sup>. Dado que de los preceptos citados, el único que sigue previendo la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una cláusula y su consiguiente nulidad es el art. 10.2 LCGC, el cual a su vez remite al art. 1258 CC para realizar tal integración, habrá que entender, mientras el Tribunal Supremo no aclare la cuestión<sup>339</sup>, que en esa combinación se encuentra el anclaje positivo para poder seguir realizando dicha integración, aun con las reservas que antes expusimos al respecto.

---

<sup>336</sup> Cfr. el voto particular a la STS 21.4.2014, que formularon los Magistrados FERRANDIZ GABRIEL, ARROYO FIESTAS, ORDUÑA MORENO y SASTRE PAPIOL, concretamente su FJ 3.º con cita a la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*.

<sup>337</sup> STS 22.4.2015, FJ 6.º, pto. 4, que reproduce en STS 7.9.2015, FJ 6.º, pto. 5.

<sup>338</sup> STS 22.4.2015, FJ 6.º, pto. 5.

<sup>339</sup> Pues en el supuesto examinado la fundamentación que realiza es para rechazar la integración de un contrato cuya cláusula de interés moratorio fue declarada nula por abusiva, al poder subsistir sin ella y sin perjuicio del consumidor. En efecto, tras declarar aplicable la integración reconstructiva del contrato cuando *«tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor»*, señala que *«en los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado»* (STS 22.4.2015, FJ 6.º, pto. 5).

## CAPÍTULO 4

### CLAUSULADO ABUSIVO EN CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA Y PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA SU FINANCIACIÓN

#### 4.1 PLANTEAMIENTO

Sin desconocer otras eventuales formas de adquisición de vivienda<sup>1</sup>, la más común responde a la celebración de un contrato de compraventa, habitualmente previa reserva –precontrato inmobiliario–, cuyo precio acostumbra a pagarse de dos maneras: i) si se trata de vivienda sobre plano o en fase constructiva, de forma periódica durante la ejecución de obra y hasta la entrega de llaves, momento que normalmente coincide con la elevación a público del contrato privado y abono del resto del precio, que suele vincularse a la subrogación hipotecaria del comprador en la parte del *préstamo promotor* (concertado por el profesional para financiar la construcción de la promoción inmobiliaria) correspondiente a su vivienda, estipulándose dicha subrogación como obligatoria o como opción de pago de la cuota final (que generalmente supone el grueso del precio de adquisición) y en ambos supuestos será, para el comprador subrogado, el medio de financiar la adquisición, en el primero forzosamente, en el segundo como libre alternativa de financiación, que en caso de obtenerla por su cuenta –suscripción de otro préstamo– puede conllevar la imposición contractual de gastos de cancelación o penalizaciones; ii) si se trata de vivienda ya construida, presupuesta la existencia de una entrada (al igual

---

<sup>1</sup> V.g., cesión y donación de inmueble (o de derechos sobre este) que se destine a vivienda por el cesionario o donatario, permuta directa o de suelo por obra futura, adquisición en subasta judicial, etc.

que en la vivienda en construcción, sería anticipo a cuenta del total precio), al firmar la operación en notaría, para cuyo acto el comprador habrá buscado la correspondiente financiación –salvo eventual subrogación–, concurriendo la entidad financiera para coetánea firma de la escritura de préstamo hipotecario, de modo que la entrega del capital al prestatario (y de este al vendedor para pagar el precio de adquisición) se hará simultáneamente a la formalización de ambas escrituras.

Salvo en el supuesto minoritario de no necesitar financiación el comprador (usualmente especulativo en tal caso, destinando el bien a reventa), la adquisición de vivienda pasará pues por dos contratos: el de compraventa y el de préstamo cubierto, como mínimo, con garantía real<sup>2</sup> –hipoteca inmobiliaria, lo que excluye la aplicación de la LCCC<sup>3</sup>–. Los mercados inmobiliario y crediticio son campos donde la contratación se efectúa fundamentalmente mediante condiciones generales, y por tanto el clausulado de dichos contratos, en tanto que celebrados con consumidor, está sometido al control de contenido establecido por la LCGC y desarrollado en el TRLCU. El Tribunal Supremo ha dicho que<sup>4</sup>: i) es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación, en especial los de bienes y servicios de uso común a que se refiere el art. 9 TRLCU, *entre los que se encuentran los servicios bancarios*, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales; ii) es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor que el dinero prestado fuera o no destinado a adquirir bienes de primera necesidad. Así, en la contratación del préstamo procedería el control de abusividad, tanto por el uso de cláusulas predispuestas e impuestas característico del sector bancario<sup>5</sup>, como por la relación B2C. La existencia de esta última en la compraventa dependerá habitualmente, desde el lado del vendedor (que el comprador sea consumidor, a efectos del TRLCU, se entiende por el bien que se adquiere en nuestro caso –viviendas–, salvo que lo destine a la que fuere su actividad comercial), de si la operación supone o no la primera transmisión de la propiedad, lo que a su

---

<sup>2</sup> Aparte de la garantía personal propia *ex art.* 1911 CC, que no se ve alterada por constituirse una hipoteca en garantía –real– del cumplimiento de la obligación del prestatario, no es extraño que la devolución del préstamo se asegure también con garantías personales de terceros, avalistas solidarios de la operación.

<sup>3</sup> Aunque el crédito concedido al consumidor bajo la forma de préstamo es *a priori* un crédito al consumo, el art. 3.a) de la LCCC excluye del ámbito de esta ley «*Los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria*». Además, la letra b) de tal precepto también excluye «*Los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir*».

<sup>4</sup> STS 22.4.2015, dictada en Pleno (sentando pues doctrina), FJ 3.º, ptos. 3 y 4, respectivamente.

<sup>5</sup> Salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato fue negociado y el cliente obtuvo contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente (*ib.*, pto. 3).

vez conllevará la presunción del uso de condiciones generales (así el TS respecto al sector de primera venta de vivienda<sup>6</sup>).

Tratándose de primera transmisión, el vendedor será un profesional, el promotor inmobiliario; si es ulterior transmisión, generalmente será un particular, sin perder tal condición por usar intermediario<sup>7</sup> (v.g. agencia inmobiliaria), de manera que la venta se entenderá realizada bajo relación C2C, luego excluida de la LCGC y del TRLCU (art. 2 de ambas leyes) y por ende del examen de abusividad, que en cambio *sí operará cuando*: **i)** una entidad financiera se haya adjudicado la vivienda de un particular por impago del préstamo hipotecario, y la venda a consumidor, o la traspase a una filial inmobiliaria del grupo, que será entonces quien la ponga en el mercado, entendiéndose en el primer caso que la entidad crediticia tiene la consideración de empresario *ex art. 4 TRLCU* aun cuando realice esa operación<sup>8</sup>; **ii)** sea una Sociedad de Ges-

<sup>6</sup> Que es otro de los sectores donde resulta notorio que la contratación B2C se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas, circunstancia que se deduce no solo de la constatación empírica, sino que responde también a la propia lógica de la contratación en masa, que no sería posible si cada contrato hubiera sido negociado individualmente (STS 29.4.2015, FJ 7.º, pto. 4).

<sup>7</sup> En la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores de 2008 se abordaba la cuestión (que ya planteara la Comisión en su Libro Verde de 2007, pto. 4.2 Anexo II) de si un contrato entre particulares podría considerarse contrato de consumo cuando una de las partes actuara a través de intermediario profesional: para la Propuesta, el contrato entre particulares vía «intermediario» (definido en art. 2.19) no se consideraba B2C sino C2C, y por tanto no entraba en su ámbito de aplicación (art. 7.1), entendiéndose que el particular que se valiera de intermediario no podría beneficiarse de la protección de la directiva (Considerando 20), de ahí que al intermediario se le exigía informar que actuaba por cuenta del particular y de las consecuencias que ello traía consigo (Considerando 20 y art. 7.1), y si omitía tal información la sanción consistía en considerar que el contrato lo celebró en nombre propio (art. 7.2), es decir, contrato B2C en el que el intermediario asumiría las obligaciones de su representado. Para un análisis del caso de consumidor representado por profesional, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», en *CDT* vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 114-116.

<sup>8</sup> Tal precepto considera empresario (a efectos de constituir la relación B2C necesaria para la aplicación del TRLCU) a quien actúe «*con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*», según redacción dada por Ley 3/2014. Si la actividad típica de la entidad de crédito consiste en «recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia» (art. 1.1 *Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito* –en adelante, LOSSEC–), la venta de bienes objeto de daciones o adjudicaciones en pago de deuda, *a priori* no enmarcada en esa tipicidad, tendría sin embargo un propósito relacionado, pues al hacer líquido puede destinarlo a nuevas operaciones crediticias. Consideramos, por tanto, que la actual dicción del art. 4 TRLCU permite superar las dudas que al respecto pudieran haberse suscitado anteriormente («que actúa en el marco de su actividad» rezaba antes de la Ley 3/2014), de las que dio cuenta GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios», en *CESCO*, marzo 2010 (accesible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), pp. 1-3, a favor de que las operaciones inmobiliarias por parte de bancos entraran en el ámbito del TRLCU, habida cuenta de que tienen en ellas una posición de preeminencia sobre el consumidor, posición que la legislación de consumo quiere compensar: «*si lo relevante a fin de delimitar el concepto de empresario a los efectos de la legislación de consumo es la existencia de una organización dirigida a la puesta en el mercado de bienes y servicios, la preeminencia sobre el consumidor existe desde el momento en que dicha organización –departamento de redacción de contratos, letrados en nómina, tasadores– se pone al servi-*

tión de Activos –en adelante, SGA– de las reguladas en la *Ley 8/2012, de 30 de octubre, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero*, o en la *Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito*, incluida la SAREB<sup>9</sup>, quien venda inmuebles obligatoriamente transferidos por entidades crediticias que los adquirieron en pago de deudas, en el primer caso procedentes de préstamos a promotores inmobiliarios<sup>10</sup>, y de cualquier procedencia en el segundo<sup>11</sup>. Como se ve, estaríamos hablando de venta de viviendas adquiridas a particulares o promotores que no pudieron pagar sus préstamos suscritos con entidades crediticias, quienes, tras adquirir los inmuebles vía dación en pago o adjudicación en ejecución hipotecaria por subasta desierta o supuestos *ex art. 670.3 y 4 LEC* (primera transmisión en caso de activos adjudicados derivados de préstamo promotor, segunda o ulterior si derivan de préstamos a particulares), los venden o los transfieren a una filial inmobiliaria o una SGA<sup>12</sup>, que proceden a su venta a consumidores.

---

*cio esas operaciones de venta de carácter instrumental aparejando normalmente a las mismas unas condiciones de financiación predispuestas por la propia entidad que tendrán como presupuesto implícito la aceptación de las condiciones de venta tal y como se le presentan al comprador*». Cuestión distinta es, como señala dicha autora, que los bancos pongan su *stock* en el mercado recurriendo a sus plataformas inmobiliarias, constituidas con personalidad jurídica independiente (i.a., Altamira, de Grupo Santander, o Servihabitat, de La Caixa), casos en que es indudable la actuación en el marco de una actividad profesional de carácter inmobiliario.

<sup>9</sup> Esto es, la Sociedad de Gestión de Activos para la Reestructuración Bancaria, que es la SGA constituida por el Fondo de Reestructuración Bancaria (FROB), a la que se transferirán los activos de las entidades crediticias mayoritariamente participadas por el FROB o que, a juicio del Banco de España, requieran la apertura de un proceso de reestructuración o de resolución (DA 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> Ley 9/2012, de 14 de noviembre, en relación con art. 16 RD 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos). La constitución de la SAREB, que es una empresa privada (en otros países, funciones similares de «banco malo» las han hecho agencias públicas, v.g. la NAMA irlandesa), vino determinada por el Memorando de Entendimiento (MoU) que España firmó en julio de 2012 para percibir la ayuda financiera europea, habiendo recibido desde su creación activos de las entidades nacionalizadas (el llamado Grupo 1: BFA-Bankia, Catalunya Banc, NCG Banco-Banco Gallego y Banco de Valencia) y de las que recibieron ayudas públicas (el Grupo 2: BMN, Ceiss, Liberbank y Caja3). Dispone de quince años, hasta 2027, para liquidar todos los activos transferidos, vendiendo en el *mercado minorista* (uno de sus tres canales de venta) a través de terceros: las antiguas cajas de ahorro rescatadas y, para los próximos años, filiales inmobiliarias de la banca sana (Solvía, Altamira y Servihabitat) y la gestora in mobiliaria Haya Real Estate, perteneciente al fondo Cerberus.

<sup>10</sup> Arts. 3.1 Ley 8/2012 y 1.1 RDL 2/2012, de 3 de febrero, de saneamiento del sector financiero.

<sup>11</sup> Arts. 35.1 Ley 9/2012 y 48.1.a) RD 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos.

<sup>12</sup> Algunas entidades crediticias habían creado sociedades inmobiliarias como vehículo de gestión de activos, con anterioridad a que esto fuese obligatorio *ex art. 3.1 RDL 18/2012*, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero (y posteriormente, Ley 8/2012), fundamentalmente por razones fiscales (en relación con los activos procedentes de préstamos otorgados al sector inmobiliario, pues en los derivados de préstamo a particular no existe ventaja fiscal en traspasarlos a una filial), de manera que si la entidad había constituido una filial inmobiliaria y no ha recibido ayudas públicas, lo único que tendrá que realizar será una aportación de los activos adjudicados que no haya traspasado con anterioridad ni vaya a utilizar como inmovilizado de la entidad; para las entidades interve-

Sin pretender hacer una relación exhaustiva de las cláusulas abusivas que se pueden encontrar en las contrataciones de préstamo y compraventa, nos centraremos en el clausulado que presenta aspectos más controvertidos, ya sea desde el punto de vista interpretativo de su eventual abusividad, ya lo sea en la vertiente procesal. En este sentido, tengamos presente que ocasionalmente el debate no versará tanto en si una determinada cláusula es abusiva, caso de que sea claramente encuadrable en la lista *ex arts.* 85-90 TRLCU, sino en la dificultad procesal de apreciar su carácter abusivo; en otras ocasiones lo complicado será darle un encaje en dicha lista, que exime de realizar el test de abusividad porque el legislador ya ha previsto los supuestos que no lo superan, en cuyo caso habrá que estar al art. 82 TRLCU (cláusula general de abusividad), esto es, analizar la concurrencia de los parámetros y factores de apreciación del carácter abusivo, así como la interpretación jurisprudencial al respecto.

#### 4.2 APUNTES SOBRE EL LISTADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NACIONAL, EUROPEO Y MODERNIZADOR

Aun cuando se ha discutido por la doctrina científica la naturaleza del elenco de cláusulas presente en el TRLCU, como lista *negra* (automáticamente abusivas), *gris* (presuntamente abusivas) o mixta<sup>13</sup>, el Tribunal Supremo no ha dudado en calificarlo de lista negra, recordando que el sistema de la Directiva 93/13 –cláusula general y lista gris– ha sido transpuesto en nuestro Derecho como un sistema de cláusula general y *lista negra*, en cuanto que las cláusulas enunciadas en los arts. 85 a 90 TRLCU son abusivas «en todo caso», lo que supone un mayor rigor en el control del clausulado abusivo, que es conforme a la Directiva, por su carácter de norma de mínimos, como se desprende del art. 8 de la misma; en consecuencia –dice el TS–, para decidir si una cláusula puede considerarse o no abusiva, es metodológicamente más eficiente analizar en primer lugar si puede encuadrarse en alguno de los supuestos ejemplificativos que la ley considera *en todo caso* abusivos, de modo que en caso afirmati-

---

nidas y administradas por el FROB, será este quien decida (art. 35.1 Ley Ley 9/2012) si deben constituir una SGA para aportar sus activos o si pasan a la SGA creada para toda la banca que de una u otra forma ha recibido ayudas públicas, esto es, la SAREB. Para más detalle, *vid.* DE LA TORRE DÍAZ, F., «La fiscalidad de las SGA y de la SAREB y sus efectos en el saneamiento de activos inmobiliarios del sistema financiero español», en CdF, vol. 19/2015, pp. 204-208.

<sup>13</sup> Tesis que se inclina por entender que dentro del listado conviven cláusulas negras junto con grises, tanto por la indeterminación de su supuesto de hecho como por contener conceptos jurídicos indeterminados, lo que exigiría una apreciación o ponderación judicial *ad casum* (SERRA RODRÍGUEZ, A., «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *BMJ*, n.º 2153, 2013, p. 4, n. 8 y doctrina ahí citada).

vo se declare su abusividad, y solo cuando no sea así se pasará a valorar esta con base en la cláusula general<sup>14</sup>.

En efecto, el Anexo de la Directiva 93/13 contiene «una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas» (según reza el art. 3.3), siendo su objetivo el de servir de «lista gris» (como ha señalado expresamente el Tribunal de Justicia<sup>15</sup>), esto es, lista cuya finalidad es catalogar de sospechosas de ser abusivas a las cláusulas que contiene, precisando ser valoradas en el caso concreto y permitiéndose pues que tal sospecha sea desvirtuada. El número de supuestos enumerados (17, letras *a-q* del pto. 1, precisando el pto. 2 el alcance de las letras *g, j, y l*) fue incrementado por nuestro legislador al transponer la Directiva –y ha ido creciendo desde entonces, actualmente 38 cláusulas–, optando por el sistema de lista negra (de carácter no exhaustivo, rasgo compartido con el Anexo), a diferencia de otros ordenamientos<sup>16</sup>, como el británico o el alemán, que recogen, respectivamente, una lista gris (primero en *Schedule 2 UTCCR*, luego extendida en *Schedule 2 CRA*) y una combinación de listas, negra (§ 308 BGB) y gris (§ 309 BGB), sistema este último que adoptaba la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores<sup>17</sup>. Lo que resulta idéntico del elenco nacional respecto al previsto en la Directiva 93/13 es su restricción a las relaciones

<sup>14</sup> SSTs 15.4.2014 (FJ 3.º) y 21.4.2014 (FJ 2.º).

<sup>15</sup> Sentencia *Matei*, aptdo. 60. Su carácter indicativo (gris) supone que «una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y que, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva», según la Sentencia *Comisión/Suecia* (aptdo. 20) y Sentencia *Freiburger Kommunalbauten* (aptdo. 20).

<sup>16</sup> Para un análisis *in extenso* de la transposición del Anexo de la Directiva 93/13 en los Estados miembros, *vid.* EBERS, *op. cit.*, 2008, pp. 233-240. Hay Estados (Dinamarca, Finlandia, Suecia) que no lo han transpuesto de forma explícita: al respecto, partiendo de la jurisprudencia del TJ según la cual es indispensable que la situación jurídica que resulte de las medidas nacionales de adaptación a las directivas sea suficientemente precisa y clara, permitiendo a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales, máxime cuando la directiva de que se trate tenga por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados (STJ 23.3.1995, *Comisión/Grecia*, C-365/93, aptdo. 9; Sentencia *Comisión/Países Bajos*, aptdos. 17 y 18), el TJ ha señalado que, en la medida en que no limita el margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales a la hora de determinar el carácter abusivo de una cláusula, la lista que figura en el anexo de la Directiva 93/13 no tiene por objeto reconocer a los consumidores derechos que vayan más allá de los derivados de sus arts. 3 a 7, y por tanto la plena eficacia de tal directiva puede garantizarse en un marco legal suficientemente preciso y claro sin que la lista del anexo forme parte integrante de las disposiciones nacionales de adaptación, pudiendo los Estados elegir la forma que garantice el conocimiento de esa lista por parte del público (Sentencia *Comisión/Suecia*, aptdos. 18, 21 y 22).

<sup>17</sup> En efecto, la versión inicial de la Propuesta de 2008 contemplaba, junto a la cláusula general (art. 32), una lista negra (Anexo II) y otra gris (Anexo III) de cláusulas abusivas. La justificación de este sistema combinado se recogía en el 50 considerando de la Propuesta: «para garantizar la seguridad jurídica y mejorar el funcionamiento del mercado interior, la Directiva debe incluir dos listas de cláusulas abusivas». Como sabemos, finalmente la Directiva 2011/83 no derogó la Directiva 93/13, quedando en pie el sistema de lista gris de esta última.

B2C –al igual que ocurre en Alemania, donde, a pesar de la posible consideración de abusividad en contratos B2B, las listas solo se aplican a la contratación con consumidores–, contrastando tal circunstancia con la PMCC, que en su art. 1262.3 proyecta un listado de cláusulas abusivas también aplicable a las relaciones entre profesionales.

A diferencia de la Directiva, los PECL, así como el paralelo Proyecto GANDOLFI (CEC), no contienen un listado de cláusulas abusivas<sup>18</sup>. Sí lo contemplan los ACQP y el DCFR, de hecho, siguen en sus arts. 6:305 y II.-9:410, respectivamente, las premisas del Anexo de la Directiva 93/13, esto es, lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas presuntamente abusivas, aplicable únicamente a los contratos B2C (a pesar de que ambos textos académicos no limitan la apreciación de abusividad a dicho ámbito). Dichos preceptos reproducen, con ligeras variaciones formales<sup>19</sup>, el elenco de la Directiva, incluso en el mismo orden a excepción de la letra *i*), que desaparece en ambos<sup>20</sup>, lo cual supone que el art. 6:305 ACQP recoja un supuesto menos (16 cláusulas) que el Anexo, cuyo número se mantiene sin embargo en el art. II.-9:410 DCFR (17 cláusulas), al introducir en su letra *q*) una cláusula que no aparece en dicho Anexo.

Como novedad respecto al sistema de la Directiva, prevén los arts. 6:304 ACQP y II.-9:409 DCFR una lista negra, igualmente limitada a contratos B2C, tan anecdótica que se contempla un único caso, referente a la atribución de competencia exclusiva, supuesto del que nos ocuparemos de forma específica en epígrafe 4.3.1. B.

Por su parte, la CESL, siguiendo al FS, sí opta decididamente por el sistema de doble lista: negra, art. 84, y gris, art. 85, cuyas redacciones originales eran reproducción literal de los arts. 85 y 86 *FS rev.*, respectivamente, pero con

<sup>18</sup> Su inexistencia en los PECL se justifica porque, dado el ámbito de aplicación de la cláusula general *ex art.* 4:110, esto es, por tener en cuenta los contratos entre profesionales y la diversidad de contratos mercantiles, sería prácticamente imposible elaborar un listado de cláusulas que se puedan definir como abusivas *per se*, no obstante, se advierte que esta ausencia no impide que los jueces puedan inspirarse en la lista de la Directiva al aplicar dicha cláusula general, señalando que tal lista será especialmente útil en los casos referentes a contratos mercantiles entre grandes y pequeños empresarios (*Principios, Partes I y II*, «Art. 4:110 – Comentario», pp. 384 y 386).

<sup>19</sup> Aparte de retoques terminológicos, lo más destacable es que ambos artículos incorporan en sus listados algunas de las excepciones presentes en el pto. 2 del Anexo.

<sup>20</sup> La letra *i*) del Anexo de la Directiva contempla las cláusulas que tengan por objeto o por efecto «hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato». Su ausencia se justifica por entender que tal provisión queda suficientemente reflejada, respectivamente, en el art. 6:201 ACQP y en el art. II.-9:407(2) DCFR (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:305», 2007, p. 248; DCFR, *Full Edition*, «II.-9:410», p. 663).

la *RPE 2014* se modificó el elenco de ambos listados (*vid.* enmiendas 157-174), manteniéndose su aplicación a los contratos B2C.

No obstante, téngase en cuenta que el instrumento opcional –y por ende sus listados– se circunscribe básicamente a la compraventa transfronteriza, y si bien es cierto que los Estados miembros pueden ponerlo a disposición de sus nacionales también para contratos internos [art. 13.a) CESLR], están excluidos los de financiación [arts. 2.m).iv) CESLR], y los de compraventa se limitan a los bienes muebles [art. 2.h) CESLR]. Una advertencia también debe hacerse respecto al DCFR: sus reglas no están destinadas a ser utilizadas, o al menos sin modificación o suplemento, en relación con una lista de materias, cual es la prevista en art. I.-1:101(2), donde se señalan los *bienes inmuebles* [letra f)]. Con ello no quiere decirse que tales materias estén excluidas *per se*, pues la lista es solo indicativa y el uso que se haga de las reglas del DCFR depende totalmente de quienes las utilicen, sino que *dichas reglas se han elaborado sin tener presente esas materias*<sup>21</sup>; prueba de esto último es que, al regular específicamente la compraventa (Libro IV. A), solo se contemplan los bienes muebles como objeto de contratación<sup>22</sup>.

#### 4.3 TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA

Partiendo del habitual empleo de condiciones generales en el mercado inmobiliario (recordemos además que el TS presume su uso en la primera venta de viviendas<sup>23</sup>), y siendo el objeto de compraventa una vivienda, se darían *a priori* los presupuestos necesarios para la entrada en juego de los controles previstos en la LCGC, señaladamente el de contenido, desarrollado por la ley de consumidores, actualmente en art. 82 y ss. TRLCU. En el estudio que vamos a desarrollar presumimos, y así se advierte con carácter previo, que las estipulaciones contractuales a analizar no han sido objeto de negociación individual y que la relación en que se enmarcan es B2C, sin sostener una abusividad genérica de cada tipo en cuestión.

---

<sup>21</sup> *DCFR, Outline Edition*, «Art. I.-1:101», p. 132.

<sup>22</sup> De hecho, el art. IV. A.-1:101 excluye -apdo. (3)- los inmuebles en la relación de bienes cuya venta está sometida al DCFR. Ello se justifica por las diferencias sustanciales en materia inmobiliaria existentes en toda Europa, lo que complica una unificación regulatoria (*DCFR, Full Edition*, «IV. A.-1:102», p. 1229).

<sup>23</sup> STS 29.4.2015, FJ 7.º, pto. 4.

#### 4.3.1 Atribución de competencia jurisdiccional: sumisión expresa

##### A) TRATAMIENTO NACIONAL Y EUROPEO. APRECIACIÓN DE OFICIO DE SU CARÁCTER ABUSIVO Y PROBLEMÁTICA PROCESAL

Nuestro ordenamiento reputa en todo caso abusiva «*la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble*», según reza el art. 90.2 TRLCU, de idéntica redacción a la que se introdujo en el aptdo. 27 de la DA 1.<sup>a</sup> LCU con la entrada en vigor de la LCGC, rigiendo por entonces la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuyo art. 56 originó una doctrina que sostenía la validez de las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión<sup>24</sup>. De la superación de esta línea hablaba el Tribunal Supremo en 1998 como sigue: «*La doctrina más reciente de esta Sala califica dichas cláusulas como abusivas en atención a la protección que ha de dispensarse a los consumidores, toda vez que dicho pacto de competencia no es objeto de negociación bilateral, que implica expresión conforme de las voluntades concordadas de los contratantes, lo que determina la nulidad del mismo (SS. 23 julio 1993, 20 julio 1994 y 25 noviembre 1996), ya que la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor del servicio convenido, dado el marcado carácter impositivo de la misma*» (STS 18.9.1998, FJ 1.<sup>o</sup>).

Esa atención a la protección del consumidor que mencionaba el Tribunal Supremo tuvo después su reflejo en la LEC 1/2000, al establecer la invalidez de las cláusulas de sumisión expresa en los contratos celebrados con consumidores, en su art. 54.2, que además las proscribió más allá del ámbito de consumo, al prever igualmente su ilicitud en cualquier contrato de adhesión o de condiciones generales. Desde entonces, el adherente, sea o no consumidor, no ha de quedar vinculado por tales cláusulas: la estipulación sumisoria, constando su carácter predispuesto e impuesto al contratante no consumidor, es inválida de acuerdo a la ley procesal, misma consideración que tendrá ante un consumidor, esto es, con independencia de que sea automáticamente abusiva conforme a la ley sustantiva (lista negra). Su consignación formal como cláusula ilícita y no meramente abusiva pudiera entenderse como un vaciamiento de la previsión sustantiva, mas no lo es si tenemos presente las implicaciones de la jurisprudencia europea sobre el control de oficio de la abusividad.

---

<sup>24</sup> Como recuerda BLANDINO, *op. cit.*, 2012, p. 688.

Aunque la Directiva 93/13 no recoge específicamente este tipo de cláusulas referentes a la competencia judicial territorial, podría encuadrarse en la categoría de aquellas que tienen por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, a que se refiere el punto 1, letra *q*) del Anexo. De hecho, así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia respecto a la cláusula, no negociada individualmente en contrato B2C, que confiere la competencia exclusiva para todos los conflictos que deriven del contrato al órgano jurisdiccional del domicilio del empresario, por entender que la eventual lejanía del tribunal respecto al domicilio del consumidor dificultaría su comparecencia, máxime en los casos de escasa cuantía litigiosa, donde los gastos para comparecer podrían resultarle disuasorios y dar lugar a que renunciase a accionar o defenderse<sup>25</sup>.

El razonamiento dado por el Tribunal de Justicia para sostener que tal cláusula está comprendida en ese supuesto de la lista gris europea resulta aplicable a la formulación, más amplia, hecha por el legislador español respecto a la categoría prevista en la lista negra nacional: de los tres supuestos señalados en el art. 90.2 TRLCU, lo es, claramente, en el primero (sumisión a tribunal distinto del domicilio del consumidor), y, tratándose de compra de vivienda, seguramente en los otros dos (sumisión a tribunal que no es el del lugar de cumplimiento ni del bien), por coincidir inmueble adquirido y domicilio. Es más, con independencia de que la jurisprudencia europea situara a aquella cláusula en el elenco del Anexo, y por tanto presuntamente abusiva luego precisando ulterior comprobación judicial de tal carácter, el propio Tribunal de Justicia ha afirmado que, en la medida en que favorezca exclusivamente al profesional sin contrapartida alguna para el consumidor<sup>26</sup>, dicha estipulación reúne todos los criterios para ser calificada de abusiva en el sentido de la Directiva 93/13<sup>27</sup>, siendo posible en tal caso apreciar su carácter abusivo sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato ni de apreciar las ventajas y desventajas vinculadas a esta cláusula en el Derecho nacional aplicable al contrato<sup>28</sup>.

La misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha resuelto en sentido afirmativo la cuestión de si un juez nacional puede declarar de oficio su falta

---

<sup>25</sup> Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 22; Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 41; Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 54.

<sup>26</sup> Mientras que puede suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones o recursos del consumidor – cláusula gris *ex letra q*) Anexo –, facilita al profesional la organización de su comparecencia, al tiempo que hace que esta sea menos gravosa (Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 23; Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 55).

<sup>27</sup> Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 24.

<sup>28</sup> Sentencia *Freiburger Kommunalbauten*, aptdo. 23.

de competencia cuando esta le viniera atribuida en virtud de una cláusula que considere abusiva<sup>29</sup>, sobre la base del necesario control *ex officio* de tal carácter tan pronto como el juez disponga de los elementos fácticos y jurídicos para ello, obligación que le incumbe en el momento de examinar su propia competencia territorial<sup>30</sup>, debiendo incluso acordar de oficio diligencias de prueba para determinar tales elementos respecto a la cláusula atributiva de competencia<sup>31</sup>.

Esta doctrina europea es capital para posibilitar un control de oficio nacional respecto a las cláusulas sumisorias en la compraventa de vivienda, habida cuenta de que resulta procesalmente inviable a nivel interno. En efecto, téngase presente, en primer término, que la norma contenida en el antes citado art. 54.2 LEC está concebida para que la invalidez de la sumisión expresa sea denunciada a instancia de parte, por el demandado, mediante la oportuna declinatoria<sup>32</sup>, ya sea consumidor o no. Si lo es, el tribunal podría –y de hecho *debería* conforme a la jurisprudencia del TJ– negarse de oficio a asumir una competencia atribuida por contrato de entender que tal estipulación es abusiva (lógicamente vía examen también *ex officio*), pero para ello tendría que desatender la normativa procesal sobre competencia territorial, dado que la LEC en su art. 58 solo prevé la apreciación de oficio de dicha competencia cuando esta venga fijada imperativamente<sup>33</sup>, y ni la ley procesal ni el TRLCU contemplan un fuero expreso para litigios derivados de contratos celebrados con consumidores o que contengan condiciones generales –contratos donde se proscriben la cláusula sumisoria– más allá del referente a la impugnación de dichas condiciones (art. 52.1.14.º LEC, que incorpora, con carácter imperativo, las reglas competenciales de los derogados arts. 9.3 y 15 LCGC), del previsto para ejercitar acciones de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores (art. 52.1.16.º LEC) o del establecido –por Ley 42/2015– con

<sup>29</sup> Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 32.

<sup>30</sup> Sentencia *Pannon GSM*, pto. 2.º del fallo.

<sup>31</sup> Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, aptdo. 56.

<sup>32</sup> SÁNCHEZ LÓPEZ/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 516.

<sup>33</sup> En efecto, el art. 58 LEC limita el examen de oficio de la competencia territorial a los fueros imperativos, que son, según el art. 54.1 LEC, los previstos en las reglas de «*los números 1.º y 4.º a 15.º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo*». La regla general es que los fueros *convencionales* –sumisión expresa o tácita– priman sobre los *legales* (54.1, primer inciso), salvo que estos últimos sean *imperativos* (54.1, segundo inciso, que establece la excepción). El legislador atiende en primer lugar a la voluntad de las partes, que pueden fijar el fuero adecuado, siempre que lo hagan a tribunal objetivamente competente (art. 54.3 LEC), o realizar ciertas actuaciones que legalmente se entienden como un reconocimiento implícito de la competencia de determinado tribunal (art. 56 LEC). Corolario del general carácter dispositivo de la competencia territorial es la necesidad de que el demandado denuncie la eventual falta de competencia por medio de declinatoria (art. 59 LEC).

carácter subsidiario para el ejercicio por estos últimos de acciones individuales (art. 52.3 LEC), todos ellos inaplicables al supuesto que comentamos, cual es el de verse demandado el consumidor<sup>34</sup>. Y tampoco lo sería, por materia, el fuero subsidiario del art. 52.2 LEC, pues, aun siendo imperativo, se restringe a seguros, ventas a plazos de bienes *muebles* y su financiación, contratos de prestación de servicios o relativos a bienes *muebles* celebrados mediando oferta pública.

La inexistencia de fuero imperativamente aplicable no supone que la competencia territorial sea *disponible* en contratos B2C o de condiciones generales, mejor dicho, no lo será *expresamente* pues aun cabe que el demandado quede *tácitamente* sometido a la competencia del tribunal designado por el «pactum de foro prorrogando» (por mucho que recen su ineficacia los arts. 54.2 LEC, y 90.2 TRLCU en relación con art. 83 TRLCU, que nada dicen sobre la sumisión tácita) si se persona para realizar cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria<sup>35</sup> (art. 56.2.ª LEC), único cauce previsto por la ley procesal para apreciar la falta de competencia territorial cuando esta no viniera establecida por regla imperativa (art. 59 LEC). Es más, si ni siquiera llegara a personarse, y estando vedada la apreciación de oficio, el tribunal ante el que es demandado vendría obligado a declararlo en rebeldía y continuar el proceso hasta resolución, quedando así fijada de forma definitiva su competencia, no tanto ya por sumisión cuanto por imposibilidad de reaccionar ante la falta de aquella<sup>36</sup>.

Este régimen procesal, donde existe el riesgo de que el consumidor quede vinculado por la cláusula sumisoria abusiva, puede contrariar el art. 6.1 Directiva 93/13 y no cumple la jurisprudencia europea que interpreta tal precepto, concretamente la referida al control de oficio, en la medida en que grava al consumidor con la carga de acudir a un tribunal que, por razón de ser nula dicha cláusula, resulta incompetente, precisamente para

---

<sup>34</sup> La regla del art. 52.1.14.º LEC opera cuando: i) el adherente (sea o no consumidor) de condiciones generales demande su nulidad o no incorporación –acción individual–; ii) se ejerciten acciones colectivas en esta materia. Por su parte, la regla del art. 52.1.16.º LEC, aun cuando no se señala expresamente como imperativa en el art. 54.1 LEC, lo será en la medida en que coincida con el segundo supuesto señalado. Tratándose de un litigio derivado del ejercicio de acciones individuales de consumidores al que no fuere aplicable las normas de los aptdos. 1 y 2 del art. 52 LEC, se atenderá a los fueros alternativos del art. 52.3 LEC. La aplicación de estas reglas (sus fueros) requiere, por tanto, una posición activa, ya sea del adherente, consumidor o las correspondientes asociaciones.

<sup>35</sup> Y de hecho así lo ha mantenido el TS, al conceder valor de sumisión tácita a la actuación de un consumidor, que, en vez de plantear declinatoria, contestó la demanda alegando falta de competencia por fundarse esta en cláusula sumisoria contraria a la ley de consumidores (ATS 4.6.2004, FJ 2.º).

<sup>36</sup> En este sentido, CARBALLO FIDALGO, M., «El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores», en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 (www.codigo-civil.info/nulidad), y doctrina citada en n. 21.

evitar que le vincule, denunciando vía declinatoria la ineficacia por abusivo del *pactum de foro prorrogando*. Quien se adhiere a tal pacto no puede esperar que el tribunal designado aprecie de oficio su incompetencia porque procesalmente no cabe así evidenciarla, posibilidad que sí se abre si el adherente es consumidor pues entonces la cláusula de sumisión a dicho tribunal podría tener carácter abusivo *ergo* resultar operativa la doctrina del Tribunal de Justicia sobre su control *ex officio* (de ahí que antes negáramos la indiferencia de que tal cláusula fuera ilícita, conforme el art. 54.2 LEC, a que lo fuera por abusiva).

A dicha doctrina pueden acogerse los jueces españoles a tal efecto, *dejando de aplicar*, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión<sup>37</sup>, las normas nacionales disconformes con la Directiva<sup>38</sup>, o en términos más amables utilizados por el Tribunal de Justicia, *interpretando* las disposiciones internas dando preferencia a aquella exégesis que les permita negarse de oficio a asumir una competencia atribuida por cláusula abusiva<sup>39</sup>. Mientras no cambie la normativa procesal sobre competencia territorial<sup>40</sup> no quedará otra vía, y de hecho en ella se han venido apoyando nuestros tribunales desde que la Sentencia *Océano Grupo Editorial* inaugurara tal doctrina europea<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Sobre tal principio *vid. supra* epígrafe 1.2.

<sup>38</sup> Recuérdese que el TJ ha dicho que el objetivo perseguido por el art. 6 Directiva 93/13, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si estos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas (por todas, Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 26).

<sup>39</sup> Así, hablando de «interpretación conforme», la Sentencia *Océano Grupo Editorial* (aptdo. 32), suavizando las palabras del Abogado General Antonio SAGGIO, que en el pto. 30 de sus conclusiones (presentadas el 16.12.1999, ECLI: EU: C:1999:620) hablaba de «excluir la aplicación de la norma nacional no conforme». Una posibilidad sería interpretar, como hace MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. («La nulidad de las condiciones generales», en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006, [www.codigo-civil.info/nulidad](http://www.codigo-civil.info/nulidad)), que el art. 54.2 LEC «impone de alguna manera en interés del consumidor su fuero propio» lo que justificaría la aplicación del art. 58 LEC (examen de oficio de la competencia territorial fijada por reglas imperativas) cuando se demande apoyando la competencia en un contrato de adhesión o con consumidores. Tal interpretación que nos parece forzada porque va contra la literalidad del art. 54.1 LEC, que exceptiona el criterio general cuando la «Ley atribuya expresamente carácter imperativo» a una regla competencial, y lo cierto es que el art. 54.2 LEC se limita a excluir la sumisión expresa en esos contratos, sin fijar expresamente un fuero imperativo: una cosa es que se trate de una norma imperativa, que lo es (y de hecho por ello reza como nulo el pacto de sumisión), y otra bien distinta (como reconoce el propio MIQUEL) es que contuviera, que no lo hace, expresamente una regla competencial imperativa. Donde la ley es clara (en art. 54.1) no cabe más interpretación (sobre art. 54.2) que la literal, *in claris non fit interpretatio*.

<sup>40</sup> *De lege ferenda*, CARBALLO, últ. cit., propone dos modelos: i) adoptar un fuero imperativo, controlable de oficio, para todos los procesos en que se ejerciten acciones derivadas de contratos con cláusulas predisuestas celebrados con consumidores; ii) retrasar la decisión del tribunal sobre su competencia, una vez constatada la existencia o no de sumisión tácita.

<sup>41</sup> Precisamente con cita expresa a dicha STJ, la línea seguida por la AP Barcelona, autos de 12.12.2002 (FJ 2.º) y 12.2.2003 (FJ 3.º), y sentencia de 6.10.2005 (FJ 3.º), de las Secciones 16.ª, 17.ª y 14.ª, respectivamente.

B) TRATAMIENTO EN LOS INSTRUMENTOS DE MODERNIZACIÓN

Disponen los arts. 6:304 ACQP y II.-9:409(1) DCFR que es abusiva la cláusula no negociada individualmente que, en contrato B2C, venga predispuesta por el empresario y confiera la competencia exclusiva para todos los conflictos derivados del contrato al tribunal del domicilio de aquel. Recogen así el concreto supuesto de hecho examinado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Océano Grupo Editorial*, donde, como ya hemos visto, consideró abusiva la cláusula en cuestión<sup>42</sup>.

Precisamente en atención a esa consideración, tanto los ACQP como el DCFR reputan en todo caso abusiva esta cláusula, dándole pues un tratamiento distinto a las previstas en las respectivas listas grises (*ex arts.* 6:305 ACQP y II.-9:410 DCFR). Tal cláusula conforma la muy reducida *lista* negra de ambos textos, tratándose del único supuesto. Los ACQP lo hacen *nominatim*, titulado el art. 6:304 como «List of unfair terms» (frente a la «Indicative list of unfair terms» del art. 6:305), denominación que no aparece en el DCFR (cuyo art. II.-9:409 se titula «Exclusive jurisdiction clauses»), pero sí en sus comentarios oficiales<sup>43</sup>, donde se explicita la preferencia por el sistema de lista gris por la flexibilidad que comporta (incluso en aquellos casos en que las cláusulas de tal elenco solo pueden justificarse en supuestos muy particulares) frente a las desventajas de un enfoque rígido –lista negra–, que de hecho explican la necesidad de establecer una excepción en el art. II.-9:409<sup>44</sup>.

En efecto, mientras su primer apartado sanciona como abusiva tal cláusula competencial, el segundo prevé que dicha regla no se aplica (luego la cláusula no será abusiva) si el tribunal elegido coincide con el del lugar donde el consumidor tiene su domicilio; excepción que no consta en el art. 6:304 ACQP, si bien en su comentario oficial se advierte que en caso de darse coincidencia del lugar de domicilios, el empresario puede referirse a la competencia en el del consumidor, si se dispone de conformidad con las normas procedimentales aplicables<sup>45</sup>.

La cuestión nuclear para tildar de abusiva la cláusula de competencia exclusiva es que se refiera a un fuero lejano para el consumidor, dado que este es, como sabemos, el fundamento de la decisión adoptada por el Tribunal de

---

<sup>42</sup> De hecho, ambos arts. están basados justamente en tal pronunciamiento, según señalan sus respectivos comentarios oficiales (PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:304», 2007, p. 245; DCFR, *Full Edition*, «II.-9:409», p. 660).

<sup>43</sup> Al carácter de lista negra del art. II.-9:409 se refieren por contraposición al art. II.-9:410 (lista gris), de hecho en el comentario de este último se señala al primero como *very short «black list» with only one item on the «list» in II.-9:409* (DCFR, *Full Edition*, «II.-9:410», p. 663).

<sup>44</sup> DCFR, *Full Edition*, «II.-9:410», p. 664.

<sup>45</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:304», 2007, p. 246.

Justicia en la citada sentencia, es decir, que si ambos textos académicos regulan el caso concreto de fuero exclusivo *ex domicilio* del profesional, no es porque descarten que otras cláusulas competenciales puedan ser abusivas, sino porque pretenden ajustarse al supuesto que el Tribunal de Justicia calificó indudablemente de abusivo, esto es, cláusula en contrato B2C que confiera competencia exclusiva al tribunal del domicilio del empresario (Sentencia *Océano Grupo Editorial* y Sentencia *Freiburger Kommunalbauten*), y de hecho sus comentarios oficiales advierten<sup>46</sup> que las cláusulas que atribuyan competencia a cualquier otro fuero remoto pueden caer, respectivamente, en los arts. 6:301 y 6:305(p) ACQP y arts. II.-9:404, II.-9:405 y II.-9:410(p) DCFR<sup>47</sup>, y que lo mismo es predicable de las cláusulas arbitrales.

Explican los comentaristas oficiales de los ACQP que, como consecuencia de la jurisprudencia europea, resulta posible comenzar a establecer una lista negra para la que no había suficiente base en el momento de promulgarse la Directiva 93/13. Por eso la lista negra del art. 6:304 recoge un solo supuesto (el que el TJ tacha de abusivo), y reza como «non-exhaustive list», siendo susceptible de ampliación tan pronto como vaya habiendo base suficiente para ello<sup>48</sup>. También apuntan que dicho precepto no distingue entre cláusulas de competencia internacional y local, de manera que, en ambos casos, si la cláusula fija el fuero en el domicilio del empresario, será considerada abusiva; exactamente lo mismo se dice respecto al art. II.-9:409 DCFR en su comentario oficial<sup>49</sup>.

Siguiendo al DCFR, tanto el FS como la CESL recogen la regla del art. II.-9:409(1) DCFR, en las letras *e*) de los arts. 83 FS y 84 CESL, ambos reguladores de las cláusulas que siempre son abusivas en contratos B2C. La formulación de esta cláusula negra es idéntica a la del DCFR, con la diferencia formal de que añaden la excepción del art. 9:409(2) a continuación –no en párrafos distintos– de aquella<sup>50</sup>. Téngase presente lo antes dicho (epígrafe 4.1) sobre la compraventa de inmuebles en relación con estos textos.

<sup>46</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:304», 2007, p. 245; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:409», p. 660.

<sup>47</sup> El art. 6:301 ACQP da la definición de cláusula abusiva, no limitada a los contratos B2C, haciendo lo propio los arts. II.-9:404 y II.-9:405 DCFR para los contratos C2C y B2B, respectivamente. Por su parte, las letras *p*) de los arts. 6:305 ACQP y II.-9:410 DCFR reproducen, como cláusula gris, el supuesto de la letra *q*) del Anexo Directiva 93/13, esto es, cláusula que tiene por objeto o por efecto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor.

<sup>48</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:304», 2007, p. 244 y 245.

<sup>49</sup> PFEIFFER/EBERS, «Art. 6:304», 2007, p. 245; *DCFR, Full Edition*, «II.-9:409», p. 660.

<sup>50</sup> En efecto, mientras que el DCFR formula la regla en II.-9:409(1) y la excepción en II.-9:409(2), los arts. 83 FS y 84 CESL lo hacen de forma conjunta en sus letras *e*): «confer exclusive jurisdiction for all disputes arising under the contract to a court for the place where the business [*trader* en CESL] is domiciled unless the chosen court is also the court for the place where the consumer is domiciled» (corchetes y su contenido nuestros).

#### 4.3.2 Retención de cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda: arras y pena convencional

##### A) PLANTEAMIENTO Y PRECISIONES CONCEPTUALES

Como indicábamos al comienzo de este capítulo, en la adquisición de vivienda es habitual la firma de documentos previos al contrato de compraventa, donde las partes se comprometen, precisamente, a celebrarlo, haciéndose entrega de una cantidad que se imputará al precio del contrato proyectado, funcionando así como anticipo a cuenta de dicho precio.

Los efectos de dicha promesa (incardinable en el art. 1451 CC), recíprocamente aceptada, no pueden diferenciarse de los que produce la compraventa, siendo los mismos que los del contrato perfecto, si consta que esta es la *verdadera intención de las partes*, como ha dicho el Tribunal Supremo, cuya jurisprudencia sostiene que el precontrato ya es en sí mismo un auténtico contrato que tiene por objeto celebrar otro en el futuro, conteniendo el proyecto o ley de bases del siguiente<sup>51</sup>; «la esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o «pactum de contrahendo» es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un quedar obligado a obligarse», admitiéndose la posibilidad del precontrato como figura independiente del que será el contrato definitivo<sup>52</sup>. Por tanto, con independencia de la denominación que conste en el convenio, habrá que atender a la voluntad de las partes para determinar si han tenido por finalidad establecer un contrato definitivo o si, por el contrario, dicha voluntad consistía en quedar ligadas solamente mediante el peculiar vínculo que el precontrato produce<sup>53</sup>.

La habitual parquedad de reglamentación contenida en el precontrato de adquisición de vivienda, generalmente cuando está proyectada o en construcción, da pie a la práctica nada extraña de modificación por el promotor de las condiciones de celebración inicialmente fijadas, añadiendo de forma sorpresiva en el ulterior contrato nuevas cláusulas o variando las preexistentes, como por ejemplo el precio final de la vivienda, el plazo de entrega, etc. Dado que lo normal es que dichas condiciones estén prerredactadas para su uso estandari-

<sup>51</sup> STS 16.7.2003, FJ 2.º y resoluciones ahí citadas.

<sup>52</sup> SSTS 24.7.1998, FJ 4.º, y 28.11.2005, FJ 2.º

<sup>53</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «El precontrato inmobiliario», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 73 y doctrina citada.

zado, las cláusulas constitutivas del precontrato pueden desde ese momento revestir ya carácter abusivo<sup>54</sup> (presupuesta la condición de consumidor del comprador), señaladamente la estipulación referente al importe entregado en ese acto, en principio un pacto de arras.

Como en el ulterior contrato también se harán entregas periódicas de dinero mientras se desarrolla la construcción, es común que en dicho contrato se les de un tratamiento específico para el supuesto de que el negocio no llegue a buen puerto, ya sea por desistimiento del comprador, por no conseguir este la pretendida financiación (no obtención del préstamo hipotecario o no concesión de la subrogación de aquel en la hipoteca que inicialmente constituyó el promotor), o por incumplimiento resolutorio, supuestos que pueden contar con la previsión contractual, predispuesta por el vendedor, de pérdida de cantidades entregadas. Aquí podemos estar ante un supuesto de arras o bien de pena convencional.

Antes de pasar a analizar la eventual abusividad de tales pactos, es necesario partir de una delimitación abstracta de ambas figuras, desde el punto de vista conceptual, para poder actuar en consecuencia. De entrada advertimos que, pese a manejarse indistintamente en la práctica los términos de pena convencional y cláusula penal, la primera es una prestación adicional que se obliga a satisfacer el deudor en caso de incumplir o cumplir irregularmente la obligación principal garantizada, mientras la cláusula penal es la estipulación en la que se establece la pena convencional, a lo que se debe añadir que la obligación con cláusula penal es aquella cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional y la obligación penal es la que nace de la cláusula penal y tiene como prestación la pena convencional<sup>55</sup>.

Conviene tener presente que son varias las *funciones* que puede cumplir la pena convencional<sup>56</sup>: i) coercitiva, cuando es un medio de presión que estimula al deudor a cumplir ante la amenaza de tener que satisfacerla, función propia, aunque no exclusiva, de la pena cumulativa; ii) sustitutiva, cuando opera como una liquidación de eventuales daños y perjuicios derivados del incumplimiento, función que, según el art. 1152 CC, desempeña la pena convencional a no ser que se pacte otra cosa; iii) liberatoria, cuando el deudor puede

---

<sup>54</sup> *Ib.*, p. 71, defendiendo la posibilidad de apreciar tal carácter en el propio precontrato y de adoptar las medidas oportunas a partir de tal momento para evitar la inclusión del clausulado afectado en el documento definitivo.

<sup>55</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M. C., «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», en *AC-M*, n.º 14/2003, versión electrónica, BIB 2003\1300, p. 1 y doctrina citada en n. 3. El TS ha llegado a calificar la cláusula penal como una modalidad de pena convencional, así en la STS 4.12.1998, FFJJ 5.º y 7.º

<sup>56</sup> QUESADA, *op. cit.*, p. 3.

elegir para liberarse de la obligación principal entre el cumplimiento o el pago de la pena, función que, conforme al primer inciso del art. 1153 CC, requiere previsión contractual expresa.

En cuanto a las *modalidades* de la pena convencional, cada una de las cuales produce diferentes efectos en atención a la función o funciones que desempeñe, se distinguen en el tráfico jurídico las siguientes<sup>57</sup>: i) pena liquidatoria, cual es la que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento y ofrece la ventaja para el acreedor de dispensarle de probar el daño y su cuantía, pudiendo también cumplir la función coercitiva –además de la substitutiva principal– si el importe de la pena es superior al que previsiblemente correspondería como indemnización conforme a los criterios generales; ii) pena cumulativa, que desempeña una función rigurosamente coercitiva por ser la más gravosa para el deudor, pues el acreedor puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, con independencia de la reclamación de daños, potestad que requiere claro otorgamiento según reza el segundo inciso del art. 1153 CC; iii) pena facultativa, que en puridad no es genuina pena convencional sino más bien multa penitencial o *pena de arrepentimiento*<sup>58</sup>, cumpliendo una función liberatoria de optar el deudor por pagarla en vez de cumplir la obligación; iv) pena moratoria, que es la estipulada para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación, pudiendo entenderse como una modalidad distinta de las anteriores o como una variante de la pena liquidatoria o cumulativa<sup>59</sup>.

La doctrina ha ensayado una distinción conceptual general entre pena convencional y arras, basada en el elemento real (dación o entrega inicial) que se dice necesario en el pacto arral mas no en la cláusula penal; así, mientras esta última es «obligacional» y supone una garantía de índole personal (porque consiste en una nueva prestación accesoria, condicionada al futuro incumplimiento de la obligación principal), las arras son de carácter «real» o posesorio, dado que presuponen siempre la recepción previa de cosas o cantidades que se retendrán en caso de incumplimiento<sup>60</sup>. Como seguidamente vamos a ver, ni esta es una diferencia esencial entre ambas figuras generales ni es nítida la distinción atendiendo a sus diversas modalidades.

---

<sup>57</sup> *Ib.*, pp. 4-5.

<sup>58</sup> Tal como la denomina la STS 14.2.2000, FJ 10.º

<sup>59</sup> Defiende lo primero DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, p. 38; lo segundo, QUESADA (*op. cit.*, p. 5), siguiendo a DÍAZ ALABART, S., «La cláusula penal y las arras», en *CDJ*, t. XXI, 1993, p. 285, n. 7.

<sup>60</sup> RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999, p. 42 y doctrina citada en n. 20.

Expresamente solo hay en el Código Civil una clase de arras, las del art. 1454, como herramienta que faculta para desligarse del contrato, generando su pérdida o devolución doblada, según quien desista (el comprador en el primer caso, el vendedor en el segundo). Son las llamadas arras penitenciales, por diferenciarlas de otras dos *modalidades* admitidas por doctrina y jurisprudencia, cuales son las confirmatorias<sup>61</sup> y las penales, si bien hay autores que niegan la sustantividad autónoma de estas últimas<sup>62</sup>. En palabras del Tribunal Supremo: «*Ante la imposibilidad de dar un concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454. Siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquél sentido (...) debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado*» (STS 26.9.2013, FJ 2.º).

<sup>61</sup> Que no aparecen en el CC sino en el Código de Comercio, al establecer su art. 343 que «Las cantidades que, por vía de señal, se entreguen en las ventas mercantiles, se reputarán siempre dadas a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato, salvo pacto en contrario».

<sup>62</sup> Por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación*, Salamanca, 1958, p. 85-87, defendiendo que las arras penales son una especie de las confirmatorias. Desde esta perspectiva, habría que hablar de: i) *arras confirmatorias puras*, que funcionarían sencillamente como señal o prueba de la celebración de un contrato, de manera que la cantidad en que consistan se considerara entregada a cuenta del precio si el deudor cumple, y si incumple serían inoperantes, por lo que teóricamente quien las recibió debe devolverlas, salvo retención como parte de la indemnización que tendría derecho a reclamar; ii) *arras confirmatorias penales*, que además de servir como prueba de la perfección del contrato, se entregan como garantía del cumplimiento del mismo mediante su pérdida o devolución duplicada, sin que el incumplidor quede libremente desligado (a diferencia de las penitenciales), pues se le podrá reclamar el cumplimiento forzoso y la indemnización de daños y perjuicios. El propio TS, analizando la naturaleza de un pacto de arras, ha dicho (STS 26.9.2013, FJ 2.º) «*No se discute que sean confirmatorias, pues todas las arras lo son*, al acreditar la perfección del contrato de compraventa y que las simplemente confirmatorias constituyen una señal o parte del precio (sentencias de 4 marzo 1996 y 17 de octubre de 1996)».

Aun cuando se ha apuntado que las penitenciales presentan analogías con la cláusula penal<sup>63</sup> (lo que, entendemos, sería predicable si acaso respecto de la pena facultativa, por su función liberatoria) o, al menos, que es en esta modalidad donde se esfuma un poco la distinción doctrinal entre arras y pena convencional<sup>64</sup>, es el pacto arral de tipo penal el que, por su estricta función de garantía, mayor semejanza guarda con la genuina cláusula penal, hasta el punto de que su divergencia es más teórica que práctica. La doctrina que señala la similar naturaleza de la pena convencional y las arras penales destaca que para delimitarlas hay que atender a si la entrega –pecuniaria o de otra cosa– en caso de incumplimiento es prometida (cláusula penal) o efectiva (pacto arral penal)<sup>65</sup>; si bien se ha apuntado que parece más realista considerar que la diferencia de que medie dación constitutiva de la garantía no debe obstar a la calificación de la estipulación como pena convencional, dado que la recepción en sí misma no es formalmente necesaria para su vigencia, y porque el axioma teórico de que dicha pena ha de consistir en una obligación futura con prestación positiva tiene un mero valor didáctico pero no un fundamento legal en nuestro sistema<sup>66</sup>.

Donde más difusa parece la frontera entre cláusula penal y pacto arral penal es cuando se estipula la retención por el vendedor de la totalidad o de una parte de las cantidades entregadas por el comprador, en caso de resolución del contrato de compraventa por incumplir uno o varios pagos aplazados. Un sector de la doctrina considera que estamos ante un supuesto de cláusula penal<sup>67</sup>, otro que se trata más bien de arras penales con la particularidad de que la entrega no se produce en un único acto sino sucesivamente en varios<sup>68</sup>. De todas formas, el Tribunal Supremo ha afirmado que las arras penales tienen

<sup>63</sup> *Ib.*, p. 69: ambas aseguran una indemnización de daños, ya sean los producidos por el incumplimiento (cláusula penal) o los derivados de la resolución (arras penitenciales).

<sup>64</sup> Dado que si la parte que decide resolver es la misma receptora o poseedora de las arras (vendedor), debe devolverlas duplicadas, incluyendo también, por tanto, el pacto arral, una posible obligación «de futuro» y de dar, análoga a la de la cláusula penal pura o típica (RAMOS, *op. cit.*, p. 43).

<sup>65</sup> Entre otros, RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDPR*, n.º 59, may. 1975, p. 388; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Arras: Una construcción jurisprudencial», en *RGD*, n.º 594, 1994, pp. 1711 y 1719.

<sup>66</sup> RAMOS, *op. cit.*, pp. 43 y 44, siguiendo la apreciación de DÁVILA (*op. cit.*, p. 181) de que las diferencias entre arras penales y cláusula penal son solo posibles en pura jurisprudencia de conceptos, pues la causa típica (función de garantía) es idéntica en ambos supuestos.

<sup>67</sup> *Vid.* las razones apuntadas por ZUMAQUERO GIL, L., «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 270; así como la extensa argumentación de RAMOS (*op. cit.*, p. 42 y ss.) respecto a la naturaleza del pacto de retención en la compraventa con cláusula resolutoria.

<sup>68</sup> JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 186-187; SANZ VIOLA, A. M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, p. 45.

naturaleza de cláusula penal<sup>69</sup>, «no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y solo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula»<sup>70</sup>.

Siendo pues clara la equiparación jurisprudencial de ambas figuras y, por ende, la indiferencia práctica de calificar de una u otra forma el referido pacto de retención, analizaremos a continuación su eventual abusividad, así como la del previsto, no para el caso de incumplimiento resolutorio, sino para el de puro desistimiento del contrato celebrado así como del estipulado para el supuesto de renuncia a celebrarlo, dos hipótesis que, a diferencia de aquella, se encuadran en la categoría de las arras penitenciales. Respecto a estas, su posible carácter abusivo no plantea problemas en cuanto a la prohibición de moderar la pena convencional abusiva sentada, como ya vimos –epígrafe 3.2.2. C. I–, por la Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (aptdo. 60), dado que a esta modalidad no le es aplicable el régimen jurídico de la cláusula penal<sup>71</sup> (arts. 1152 y ss. CC), que en cambio sí es de aplicación a las arras penales, susceptibles pues de moderación *ex art. 1154 CC*<sup>72</sup> siempre que, claro está, no resulten abusivas.

## B) RETENCIÓN POR RENUNCIA A LA CELEBRACIÓN O A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En el precontrato de adquisición de vivienda suele disponerse la facultad del profesional de hacer suyo lo entregado por el consumidor como dinero de arrepentimiento, esto es, para el caso de que renuncie a celebrar el definitivo contrato, en el cual, de llegar a suscribirse (o celebrado sin acuerdo preparatorio), puede encontrarse el mismo pacto de retención de las cantidades entregadas hasta el momento en que el comprador, en su caso, desista del contrato de compraventa ya celebrado pero pendiente de ejecución.

<sup>69</sup> STS 26.9.2013, FJ 2.º

<sup>70</sup> STS 25.10.2006, FJ 3.º

<sup>71</sup> Para la doctrina mayoritaria no es posible moderar las arras penitenciales; sostiene la tesis contraria DÍAZ ALABART, S., «Las arras (y II)», en *RDPR*, n.º 80, feb. 1996, p. 90.

<sup>72</sup> Aunque es una cuestión discutida por la doctrina (por todos, a favor, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 187; en contra, HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 87, n. 118), la jurisprudencia de la Sala 1.ª «prevé la posible moderación de las arras de naturaleza penal», como recuerda expresamente la STS 21.6.2013, y ello cuando se haya producido un incumplimiento parcial, pues en torno al art. 1154 CC «se ha desarrollado una jurisprudencia por esta Sala que, en esencia, rechaza la posibilidad de que esta facultad moderadora, a la hora de fijar la indemnización convencionalmente estipulada en una cláusula penal, entre en juego cuando se ha declarado que el incumplimiento contractual es total» (FJ 3.º).

En ambos supuestos, esa facultad de retención es correlativa a la facultad del consumidor de desligarse del contrato celebrado o proyectado. Si se pactase que ambas partes pueden liberarse, el art. 87.2 TRLCU considera abusivo, según interpretación del Tribunal Supremo, el apartamiento del régimen dispositivo de las arras penitenciales establecido en el art. 1454 CC cuando se hace en perjuicio del consumidor, esto es, por disponerse que este pueda desistir del contrato o renunciar al previsto perdiendo la suma entregada en concepto de arras mientras que el empresario pueda hacer lo propio sin devolverlas dobladas<sup>73</sup>.

Lo que sanciona dicho precepto del Texto Refundido es la falta de reciprocidad en la desvinculación: al consumidor le cuesta perder lo entregado, que es retenido como indemnización por el profesional; a este no le costará nada desistir si simplemente restituye a aquel lo recibido ni la restitución supone indemnización alguna al consumidor<sup>74</sup>, que solo se verá resarcido si, recuperando lo entregado, le abona el empresario una cantidad –como mínimo– equivalente a lo que podría retener en su caso (esta es la «devolución duplicada» ex art. 1454 CC). Así, la cláusula de prevé la retención por renuncia o desistimiento del consumidor será abusiva, con base al art. 87.2, si la misma facultad de desligarse del contrato operase para el empresario sin coste alguno o por cuantía inferior a la eventual retención<sup>75</sup>.

Tal disposición, encuadrada en la lista negra de cláusulas abusivas, reproduce el texto anterior, ordinal 16 DA 1.<sup>a</sup> LCU, que transpuso la letra *d*) del punto 1 Anexo Directiva 93/13, sin modificar apenas su terminología<sup>76</sup>, concretamente los términos «renunciar» y «retener», que fueron utilizados en la Directiva ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Como ha dicho el Tribunal Supremo, interpretando el precepto de la norma de Derecho interno conforme a la Directiva, se consideran abusivas las cláusulas que permiten al predisponen-

---

<sup>73</sup> STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 5, reproducido en la STS 21.4.2014 (FJ 2.º) y STS 638/2014, 24.11.2014 (FJ 7.º).

<sup>74</sup> Tal restitución sería tan solo consecuencia de desaparecer la causa que motivó la entrega del consumidor, que, por tanto, no se ve indemnizado con su simple devolución, porque está recuperando lo mismo que entregó.

<sup>75</sup> Cfr. CAFFARENA LAPORTA, J., «DA 1.º6, cláusula 16», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 1189.

<sup>76</sup> La letra *d*) reza así: «Permitir que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si éste renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin disponer que el consumidor tiene derecho a percibir del profesional una indemnización por una cantidad equivalente cuando sea éste el que renuncie». Nuestro art. 87.2 TRLCU, reproducción del ordinal 16 DA 1.<sup>a</sup> LCU, establece que es abusiva por falta de reciprocidad «La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario».

te retener las cantidades abonadas por el consumidor para el caso de que quiera desistir de un contrato ya celebrado, que son las arras penitenciales en el contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el art. 1454 CC (que sería la «renuncia a la ejecución del contrato» de que habla la Directiva), y también las entregadas a cuenta de un contrato que no se ha celebrado aún, que es lo que suele conocerse como pactos de reserva o «señal» en garantía de precontratos o acuerdos preparatorios (que sería la «renuncia a la celebración del contrato» *ex* letra *d* Anexo)<sup>77</sup>.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si se pactasen arras penitenciales solo a cargo del consumidor<sup>78</sup> pero sin preverse la posibilidad de liberarse el empresario? Esto es, ¿podría en tal caso considerarse abusiva la cláusula que permita la retención por desistimiento del consumidor?

Es dudoso que la respuesta sea afirmativa conforme al art. 87.2 TRLCU, pues parece que la norma solo se refiere a la hipótesis de que ambas partes tengan la opción de desvincularse<sup>79</sup>. Que en el caso planteado no quepa hablar de falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, fundamento de dicho precepto, no ha impedido a la doctrina sostener su carácter abusivo, ya sea amparándose en otro de los supuestos de la lista negra, como el del art. 85.6 TRLCU<sup>80</sup>, ya sea acudiendo a la cláusula general de abusividad<sup>81</sup> *ex* art. 82.1 TRLCU, vía esta última siempre factible pero condicionada al análisis concurrencial de los parámetros y factores de apreciación del carácter abusivo, así como la interpretación jurisprudencial al respecto.

<sup>77</sup> STS 15.4.2014, FJ 3.º; STS 21.4.2014, FJ 2.º; y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7.º, poniendo el acento en que el precepto es aplicable tanto al contrato definitivo como al precontrato.

<sup>78</sup> Téngase presente, no obstante, que un sector de la doctrina niega la posibilidad con carácter general de arras penitenciales con eficacia unilateral; *vid.*, por todos, AFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995, p. 180 y ss.

<sup>79</sup> Como apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 87», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1084.

<sup>80</sup> Así, CAFFARENA (*op. cit.*, p. 1192), cuando se disponga que el consumidor perderá la cantidad entregada no solo si manifiesta su voluntad de desistir sino también en caso de incumplir. Ahora bien, aun cuando la pérdida de lo entregado pudiera suponer una indemnización desproporcionadamente alta, el art. 85.6 restringe la hipótesis a que esa indemnización sea consecuencia de un incumplimiento del consumidor, y este, en el caso que planteamos, no estaría incumpliendo sino haciendo uso de la facultad de desistimiento.

<sup>81</sup> Como hace PARA MARTÍN, A., «DA 1.º6, cláusula 16», en Arroyo Martínez, I./Miquel Rodríguez, J. (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, p. 394 y ss., teniendo en cuenta que, si bien el empresario no puede desistir, sí puede incumplir, en cuyo caso se fuerza al consumidor con la carga de probar el daño, sin garantía, frente a la cómoda posición del empresario.

C) RETENCIÓN POR INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

Distinto del supuesto de retención por terminar la relación negocial sin fundamento en una causa determinada *ergo* sola voluntad del consumidor (comprador) que renuncia o desiste, es aquel en que se faculta al empresario (vendedor) para resolver el contrato por incumplimiento de aquel, haciendo suya la totalidad o parte de las cantidades entregadas como precio de la vivienda hasta ese momento (desde el precontrato, en su caso). La hipótesis más habitual es que tal estipulación, predispuesta e impuesta, opere en caso de impago de cualquiera de los importes periódicos a satisfacer por el consumidor hasta la entrega de llaves, mas también puede preverse para el incumplimiento de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando fuera así requerido o, en general, ante la falta de cumplimiento de las obligaciones consignadas a su cargo en el contrato de compraventa.

Para determinar la eventual abusividad del pacto de retención en la cláusula resolutoria, ya lo entendamos como típica penal convencional o como arras penales (apuntamos antes la equiparación jurisprudencial de ambas figuras), hay que analizar en primer lugar<sup>82</sup> si tiene encaje en las previsiones específicas de la lista negra relativas a la resolución contractual por incumplimiento de una de las partes, cuales son los arts. 85.6, 86.1, 86.5 y 87.4 TRLCU. Se descarta ya de entrada la aplicación del art. 87.2 TRLCU porque, como hemos dicho, no estamos ante una renuncia o desistimiento del consumidor, hipótesis de arras penitenciales examinada previamente, sino ante una resolución por su incumplimiento, caso de genuina cláusula penal o pacto arral en su modalidad penal<sup>83</sup>.

De los preceptos *a priori* contrastables, no resultarían aplicables a la estipulación contractual que examinamos las previsiones de los aptdos. 1 y 5 del art. 86, porque se restringen al supuesto de incumplimiento del empresario<sup>84</sup>, ni tampoco la del art. 87.4, al contemplar una resolución decidida por el profe-

---

<sup>82</sup> Siguiendo la metodología «más eficiente» apuntada por el TS (*vid. supra* n. 14 de este Capítulo).

<sup>83</sup> Aun cuando la doctrina ha querido ver en el art. 87.2 TRLCU tanto un supuesto de arras penitenciales como de arras penales (por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. ult. cit.*, pp. 1083, 1086 y 1087), el TS ha dicho que tal precepto se refiere a las penitenciales, descartando expresamente su aplicación a la retención por incumplimiento resolutorio, que califica de cláusula penal (STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 5, reproducido en la STS 21.4.2014, FJ 2.º, y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7.º).

<sup>84</sup> En efecto, parten de la hipótesis de que sea el empresario, no el consumidor, quien incumpla. Así, el art. 86, que relaciona las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor, contempla en su aptdo. 1 «La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario», y su aptdo. 5 «La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario».

sional sin incumplimiento imputable al consumidor<sup>85</sup>; por tanto, la única previsión de aquel elenco que puede tener trascendencia para enjuiciar la abusividad de dicha estipulación es la que determina el carácter abusivo de cláusula penal que en el caso de resolución por incumplimiento del comprador establezca una *indemnización desproporcionadamente alta ex art. 85.6*<sup>86</sup>, para lo cual es preciso –además de examinar el efecto acumulativo de todas las eventuales cláusulas indemnizatorias, independientemente de que se llegue a exigir o no su pleno cumplimiento<sup>87</sup>– comparar la cantidad resultante de la aplicación de tal cláusula con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente<sup>88</sup>.

Bajo tal premisa, la cláusula no superará el control de abusividad cuando la indemnización prefijada *supere de modo apreciable* a dichos daños y perjuicios, lo cual implica, según el Tribunal Supremo, que cuando de las circunstancias concurrentes se desprenda, o el consumidor alegue de un modo razonado, la desproporción entre la indemnización y el quebranto patrimonial real causado al predisponente<sup>89</sup>, deberá probarse la existencia de la proporción entre

<sup>85</sup> El art. 87, recogiendo las cláusulas negras por falta de reciprocidad, considera abusiva, en su aptdo. 4, «La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato». Aunque el tenor del precepto pudiera dejar abierta la posibilidad de su aplicación a la resolución promovida por el profesional pero basada en incumplimiento del consumidor (parte de la doctrina así lo sostiene: *vid.*, para más detalles, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 85», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [coord.], *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, p. 1039; en contra de dicha posibilidad, por todos, CAFFARENA LAPORTA, J., «DA 1.º6, cláusula 17», en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 1198), el TS ha interpretado que lo preceptuado se refiere al supuesto de que el incumplimiento resolutorio sea imputable al empresario (STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 7, reproducido en la STS 21.4.2014, FJ 2.º, y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7.º). Se trataría, acaso, de una «resolución» discrecional por parte del profesional: cfr. letra f) Anexo Directiva 93/13.

<sup>86</sup> Encuadra la retención por incumplimiento resolutorio como posible supuesto de cláusula abusiva bajo tal premisa, ZUMAQUERO GIL, *op. cit.*, pp. 266-267. Se ha apuntado (GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, «Artículo 85», p. 1044 y doctrina citada en n. 263) que el art. 85.6 TRLCU, al no distinguir el instrumento elegido para fijar la indemnización, abarca tan to las cláusulas penales como las arras de la misma función.

<sup>87</sup> Sentencia *Radlinger y Radlingerová*, aptdos. 95 y 101.

<sup>88</sup> STS 15.4.2014, FJ 3.º, ptos. 7 y 8, reproducidos en STS 21.4.2014, FJ 2.º, y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7.º

<sup>89</sup> No bastará, por tanto, con una mera aproximación al contenido de la cláusula, pues aunque a priori pueda parecer excesiva la indemnización prevista en la misma, las circunstancias concurrentes pueden llevar a excluir esta primera impresión. De hecho, «*circunstancias tales como los elevados gastos de comisión de venta o la severa depreciación del valor de los inmuebles que supuso a la promotora graves pérdidas al vender el inmueble a un tercero meses después de resolver el contrato, además de los gastos de comunidad y de intereses del préstamo hipotecario que la promotora hubo de seguir abonando entre el momento en que debió producirse la entrega de la vivienda a los demandantes y el momento en que pudo ser vendida a un tercero*», conllevaron la inaplicación del art. 85.6 TRLCU en la STS 15.4.2014, dado que tales circunstancias supusieron, a juicio del TS, «*que el valor de los daños y perjuicios sufridos por el predisponente como consecuencia de la resolución del contrato por incumplimiento del comprador supe-*

ambos para que resulte excluido el carácter abusivo de la cláusula, y no al contrario, de modo que la falta de alegación y prueba adecuada sobre la existencia y cuantía real de los daños y perjuicios (y por tanto, del carácter proporcionado de la cantidad fijada en la cláusula penal) deba traer consigo la declaración de abusividad de la cláusula penal<sup>90</sup>.

Si no procediese declararla abusiva con base en el art. 85.6 TRLCU (caso de acreditarse que el valor de los daños supera la cantidad que el profesional retiene y hace suya en virtud de la cláusula), y descartado el contraste directo con el resto de previsiones específicas de la lista negra –por inaplicables al caso, salvo que se entienda que la cláusula pueda sucumbir al reproche del art. 88.1 TRLCU<sup>91</sup>–, habría de valorarse si lo es conforme a la cláusula general de abusividad *ex art.* 82 TRLCU.

Por esta vía es evidente que existe un *diferente tratamiento contractual* entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor, pues al estipularse una determinada indemnización para este último en caso de resolución por incumplimiento de aquel, sin preverse una equivalente a favor del consumidor para el supuesto de que incumpliera el empresario (o previéndose solo aparentemente<sup>92</sup>), dicha estipulación facilita al predisponente la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, no contando el consumidor con tal facilidad, dado que habrá de acreditar (en caso de que incumpla el profesional) el concreto perjuicio sufrido, su relación de causalidad con el incumplimiento resolutorio imputable al empresario, y su cuantía; por ello, la estipulación que examinamos puede suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contraria a las exigencias de la buena fe, como ha reconocido el Tribunal Supremo, que, no obstante, matiza que esa diferencia de trato puede superar el control de contenido, basado en la cláusula general de abusividad, «si está justificada de un modo razonable»<sup>93</sup>.

---

*rara la cantidad que la promotora hizo suya en aplicación de la cláusula penal cuestionada», FJ 3.º, pto. 9, apuntándose que «es determinante que resulte probada la cuantía real de los daños y perjuicios para decidir si guarda proporción con la cantidad que resulta de aplicar la cláusula penal predispuesta».*

<sup>90</sup> STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 13, reproducido en STS 21.4.2014, FJ 2.º, y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7.º

<sup>91</sup> Tal como hace CARRASCO PERERA, A., «¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?», en *Análisis GA&P*, abril 2015, p. 1.

<sup>92</sup> Téngase presente que el simple hecho de que existiese una cláusula correlativa a favor del consumidor no garantiza por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes (como se advierte en la STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 12), pues cuando el incumplimiento del profesional previsto en la cláusula espejo fuera improbable, habría un equilibrio solo aparente que encubriría una estipulación contractual (la de retención por incumplimiento del comprador) perjudicial para el consumidor.

<sup>93</sup> STS 15.4.2014, FJ 3.º, pto. 11, reproducido en STS 21.4.2014 y STS 638/2014, 24.11.2014, FFJJ 2.º y 7.º resp.

Esa justificación razonable exige, según el Tribunal Supremo, que sean diferentes los daños y perjuicios que para una y otra se deriven del incumplimiento<sup>94</sup>. No puede compararse por dos razones:

i) El enjuiciamiento de abusividad conforme a la cláusula general *ex art. 82 TRLCU* debe realizarse, tal como prevé su aptdo. 3, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes *en el momento de la celebración del contrato*. Este examen no puede ser confundido o extendido al control de hipótesis postcontractuales<sup>95</sup>.

ii) La comparación entre los quebrantos patrimoniales de una y otra parte supone una desviación, no solo del momento, sino también del *parámetro* conforme al cual habría que valorar si el constatado desequilibrio está o no justificado, cual es la *buena fe*.

Atendiendo a los criterios generales proporcionados por la jurisprudencia europea para determinar si una estipulación contractual es abusiva conforme al art. 3 Directiva 93/13 (cuyo trasunto es el art. 82 TRLCU), tendríamos en primer lugar que, de un examen comparativo con la regulación legal supletoria resulta que la estipulación cuestionada, predispuesta en exclusivo beneficio del empresario sin contrapartida alguna, genera un desequilibrio en detrimento del consumidor<sup>96</sup>. Constatado este primer elemento configurador del carácter abu-

---

<sup>94</sup> Según la STS 15.4.2014 (FJ 3º, pto. 12, reproducido en STS 21.4.2014, FJ 2º, y STS 638/2014, 24.11.2014, FJ 7º), el quebranto patrimonial para el vendedor predisponente es «relativamente homogéneo», según las hipótesis que la sentencia discrecionalmente establece (posible pérdida de la comisión pagada al mediador, pago de gastos de comunidad e intereses que pudieran derivarse del préstamo hipotecario, declive del mercado inmobiliario), mientras que para el comprador es variable en orden a otras circunstancias, también enumeradas a discreción por la sentencia (coste de oportunidad, pago de alquiler, coste de financiación, auge del mercado); concluyendo que, como el quebranto patrimonial del comprador comporta una difícil estandarización de su indemnización por incumplimiento del vendedor, dificultad que no se aprecia en la de este último para el caso inverso, estaría justificada la diferencia de tratamiento contractual en beneficio exclusivo del predisponente.

<sup>95</sup> *Vid.*, al respecto, el voto particular de las SSTs 15.4.2014 y 21.4.2014, FJ 2º, pto. 3; señalando su pto. 4 que las circunstancias tomadas en cuenta por sendas sentencias para justificar la diferencia de trato contractual quedan fuera del ámbito de aplicación metodológico del art. 82.3 TRLCU.

<sup>96</sup> A falta de pacto sobre la indemnización por incumplimiento resolutorio, cada parte habría de probar su nexo con el daño y la cuantía de este a reclamar, de manera que la cláusula de retención alteraría los derechos y obligaciones (referidos al incumplimiento del contrato pero latentes desde la perfección y por ende objetivable su ejercicio por contraste entre la reglamentación legal y la contractual presente en el momento de la celebración), pues por dicha cláusula el profesional se ve de facto indemnizado (derecho a retener, haciendo ya suyo lo entregado), forzando así al consumidor a pleitear: para devolución de lo entregado y retenido por el profesional si entiende que su resolución no es ajustada a derecho, o, de incumplir el vendedor, para que, además de recuperar lo entregado (efecto restitutorio de la resolución cuya declaración pida el comprador), sea indemnizado en su caso, debiendo entonces cargar con aquellas exigencias probatorias de las que está eximido el empresario por virtud de la cláusula penal.

sivo, habrá que analizar en segundo lugar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de forma leal al consumidor, este hubiera aceptado la cláusula en el marco de una negociación individual; esto es, el criterio para determinar si la introducción de la cláusula, generadora del desequilibrio, está justificada o si contraviene la buena fe.

Dado que de este segundo examen difícilmente pueda sostenerse que el consumidor hubiera consentido la cláusula, máxime si no existe una correlativa a su favor que sea efectiva, cabría entender que el profesional no actuó de buena fe al predisponerla e imponerla (escenario en que se contrató), porque razonablemente no podía considerar que en un escenario distinto (con negociación individualizada) se hubiera aceptado dicha cláusula. Siendo así, la alteración del equilibrio que esta provocase resultaría abusiva por contraria a las exigencias de la buena fe.

En conclusión, cabe un contraste directo del pacto de retención con la previsión del art. 85.6 TRLCU, de manera que será abusivo, por vincular el incumplimiento resolutorio del consumidor y correspondiente indemnización del empresario a la voluntad de este, si la retención es desproporcionada. Y ello con independencia de que pueda resultar (también, como refuerzo, o subsidiariamente) declarada su abusividad por contraste con la cláusula general ex art. 82 TRLCU de acuerdo a los criterios antes señalados.

#### **4.3.3 Alteraciones durante la construcción: facultad de modificación unilateral y declaración de conformidad predispuesta**

##### **A) VISIÓN PANORÁMICA Y DERECHO DE INFORMACIÓN**

En la compraventa de viviendas, sobre todo las de nueva construcción, son frecuentes las reclamaciones de los compradores basadas en que la vivienda puesta a disposición no se ajusta exactamente a lo previsto en el contrato, del que son complementarios el proyecto de obra y memoria de calidades inicialmente ofertados, los cuales, por ende, forman parte del contenido contractual.

Las eventuales divergencias se tratan de salvar incluyendo cláusulas que, o bien directamente autorizan al profesional vendedor a efectuar modificaciones en lo proyectado sin consentimiento individualizado del comprador, o bien eliminan la posibilidad de que este exija el correcto cumplimiento vía declara-

ción de conformidad a lo que le va a ser entregado<sup>97</sup>, emisión de beneplácito supuestamente realizada por aquel pero redactada por el vendedor que, en tanto no refleje la realidad –pudiendo por esto solo ser considerada abusiva la cláusula de conformidad, de ahí el tratamiento diferenciado que haremos–, supone en la práctica el mismo efecto que la estipulación en que el profesional se reserva expresamente facultades de modificación unilateral<sup>98</sup>.

Téngase en cuenta que las alteraciones durante la ejecución de obra pueden responder a la necesidad de adecuar el proceso constructivo a imprevistos que vayan surgiendo en la complejidad técnica que lo caracteriza, por lo que será necesario analizar si las eventuales variaciones de proyecto y calidades, aparentemente consentidas (directa o veladamente), están justificadas de forma válida so pena de incurrir en abusividad las estipulaciones en que pretendan ampararse.

La cuestión no es baladí, pues está en juego una posible discordancia entre lo inicialmente previsto por el comprador al contratar y el resultado final, escenario agravado por la circunstancia de que en la adquisición de vivienda sobre plano o en construcción no existe, dado su carácter de *emptio rei speratae*, una perfecta representación del objeto resultante del proceso edificatorio, de ahí la importancia que tiene en el *iter* formativo de este tipo de compraventa la información que se suministra al consumidor. En este sentido, la protección que se le dispensa vía examen de abusividad se completa, en el campo de la adquisición de vivienda, con una regulación sobre información previa y coetánea a la contratación, que, como vamos a explicar sintéticamente, no va acompañada de sanciones cuya eficacia práctica sea comparable a la establecida para el uso de clausulado abusivo.

Mucho antes de que la primigenia LCU –1984– consagrara como un derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los productos y servicios<sup>99</sup> (vigente art. 8.d TRLCU), la Ley 57/1968, de 27 de

<sup>97</sup> V.g., cláusula prerredactada en que el comprador acepta como determinante, en cuanto a acabados, el certificado final de obra que suscriba la Dirección Facultativa de la misma, de manera que no podrá efectuar reclamación alguna en este sentido; o cláusula más genérica, bien anexada a posteriori en el contrato privado, bien incorporada a la escritura pública de venta, en que aquel declara conocer y aceptar el estado físico de la obra, o que la recibe a su plena satisfacción, renunciando con ello a reclamar al vendedor la posible diferencia con respecto a planos y memoria.

<sup>98</sup> En este sentido, SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Cláusula de declaración de conformidad por el comprador sobre el bien inmueble, en contrato de compraventa con condiciones generales», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 170.

<sup>99</sup> Respecto a este derecho, señala ORTÍ VALLEJO, A («Comentario al artículo 13», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R./Salas Hernández, J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 397 y ss.) que se desarrolla en dos fases: una tiene como objetivo la formación del consentimiento, otra está orientada a la conclusión del contrato, y en ambas la finalidad esencial es suministrar la información suficiente al consumidor a fin de que pueda conformar su voluntad sobre la adecuación del producto o servicio a sus necesidades, facilitándole todos los datos necesarios para ello.

julio, *sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas* (en adelante, Ley 57/68), ya imponía –y sigue haciéndolo la DA 1.<sup>a</sup> de la Ley de Ordenación de la Edificación, en adelante, LOE– al promotor la obligación de reflejar en la publicidad de las viviendas sobre plano o en fase constructiva el ajuste a lo previsto en dicha ley<sup>100</sup>. La necesidad de regulación sistemática de la información suministrada al comprador en la fase previa o al menos coetánea a la celebración del contrato, aspecto no regulado en profundidad por la normativa de 1968<sup>101</sup>, tuvo su reflejo en el RD 515/1989, de 21 de abril, *sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas*<sup>102</sup> (en adelante, RD 515/1989), de aplicación supletoria respecto de aquellas Comunidades Autónomas con plena competencia en materia de defensa del consumidor y usuario<sup>103</sup>, como Andalucía, una de las primeras en aprobar su propia norma en esta materia, cual era la Ley 5/1985, de 8 de julio, derogada por la actual Ley 13/2003, de 17 de diciembre, *de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía*, cuyo art. 16.a) contempla el mandato de adopción de medidas eficaces por parte de las Administraciones Públicas andaluzas dirigidas a «facilitar a los consumidores toda clase de información sobre materias o aspectos que les afecten o interesen directamente y, de modo particular, sobre la construcción de viviendas»; mandato en cuyo cumplimiento se aprobó, por Decreto 218/2005, de 11 de octubre, el *Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía* (en adelante, RICVA).

<sup>100</sup> Art. 5, suministrando al adquirente la información necesaria y correcta en cuanto a la contratación con sujeción a los requisitos de la Ley especial, haciendo expresa mención del garante y depositario de las cantidades que se anticiparán por el comprador. Tal previsión, haciendo referencia no ya a la Ley 57/58 sino a la LOE (que contempla sustancialmente los requisitos de aquella), se encuentra en la DA 1.<sup>a</sup>, aptdo. seis, LOE, según redacción dada por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (en adelante, Ley 20/2015), que además introduce una DD 3.<sup>a</sup> en la LOE, cuya letra a) deroga la Ley 57/68, con efectos desde el 1.1.2016.

<sup>101</sup> Además de la citada Ley 57/68, la Orden de 5 de octubre de 1968, *sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial*, regulaba el modo específico en que los datos de obligatoria inserción habrían de aparecer en la publicidad; y en cuanto a las viviendas de protección oficial, el Decreto 2114/1968, de 14 de julio, establecía (art. 113) que la publicidad tendría que indicar el precio total de la vivienda si se hubiese otorgado calificación definitiva, y, en su caso, la indicación de si estaba autorizado el cobro de cantidades a cuenta del precio.

<sup>102</sup> Cuyos arts. 4-7 establecen que quienes realicen actividades empresariales sobre promoción, venta y arrendamiento de viviendas con consumidores (art. 1), han de ofrecer, ya en el propio contrato ya en documentos a disposición de aquellos, determinada información relativa a los datos del empresario, autorizaciones de construcción, descripción de la vivienda, su precio o renta, materiales empleados, formalización de las garantías exigidas por la Ley 57/68, etc. Muchas de estas previsiones se encuentran, si bien con carácter general, en el art. 60.2 TRLCU.

<sup>103</sup> Salvo los aptdos. 2 y 10 del art. 3, que tendrán aplicación en todo el Estado en virtud de lo dispuesto en la regla 8.<sup>a</sup> del art. 149.1 CE, según establece la DA 2.<sup>a</sup> del RD 515/1989.

El citado RD 515/1989 vino a desarrollar el art. 13 LCU<sup>104</sup>, cuyo aptdo. 1 comprendía un deber genérico de información (trasunto del cual es el previsto en art. 18.2 TRLCU<sup>105</sup>, extendido vía art. 60 TRLCU<sup>106</sup>, precepto marco de los deberes informativos en esta sede), concretado para la primera transmisión de viviendas en su aptdo. 2, obligando en tal supuesto al vendedor a facilitar al comprador determinada documentación<sup>107</sup>, lo mismo que dispone con carácter complementario el vigente art. 64 TRLCU remitiendo a la documentación prevista en la LOE o norma autonómica que resulte aplicable.

Las normas mencionadas o bien no contienen una sanción concreta para el incumplimiento de los deberes informativos que establecen, o bien prevén la imposición de meras *multas administrativas* para el infractor<sup>108</sup>

<sup>104</sup> SILLERO CROVETTO, B., «El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 34 y doctrina citada en n. 28.

<sup>105</sup> Disponía el art. 13.1 LCU que «*Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...*». Su redacción no sufrió modificación con la llegada de la LCGC, mas la entrada en vigor del TRLCU supuso que ese deber genérico de información, no dirigido a ningún sujeto en particular, pasara a formularse así: «*Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...*», según reza el art. 18.2 TRLCU, manteniendo el particular contenido informativo ex art. 13.1 LCU, letras a), c), e) y f), que se corresponden, respectivamente, con las letras b), c), d) y e) del precepto del Texto Refundido, que realmente es un híbrido de los aptdos. 1 y 2, primer inciso, del art. 13 LCU.

<sup>106</sup> Que, relativo a la información previa al contrato, reza en su aptdo. 1 que «*Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*», disponiendo su aptdo. 2 que «*Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:...*», con un elenco informativo en sus letras a) a k). Antes de su reforma por Ley 3/2014, que aumentó el contenido de esos deberes, ya apuntaba CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 60. Información previa al contrato», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a los Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 494, que a pesar de los inconvenientes que presenta todo sistema de elencos de requisitos informativos, su complemento con una cláusula general y una remisión normativa dota al art. 60 TRLCU de la suficiente flexibilidad para su aplicación a cualquier contrato de consumo.

<sup>107</sup> «*En la que se defina, en planta a escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los materiales empleados en su construcción, en especial aquellos a los que el usuario no tenga acceso directo*».

<sup>108</sup> El art. 6.1 Ley 57/68 disponía que «*el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en esta Ley será sancionado con una multa por cada infracción, que será impuesta conforme a las normas previstas en la Ley 49/1959, de 30 de julio, de Orden Público, sin perjuicio de la competencia de los Tribunales de Justicia*». La DA 1.ª LOE, aptdo. siete, sigue previendo la imposición de multas de esta naturaleza, con remisión a la normativa autonómica. En el caso andaluz, el art. 15 del citado *Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía* remite, para las infracciones de lo dispuesto en el Reglamento, a la también citada Ley 13/2003, cuyo art. 73 solo contempla la imposición de multas o amonestaciones. Por su parte, el mencionado RD 515/1989 no establece ningún tipo de sanción por el incumplimiento de la información requerida, y el TRLCU,

(quien quizás prefiera exponerse antes de que lo ofertado le resulte vinculante, *ex art. 61 TRLCU*<sup>109</sup>), que, con independencia del teórico efecto disuasorio general, en nada solucionan la posición del consumidor cuyo derecho de información haya sido vulnerado. Este podría invocar tal circunstancia ante los Tribunales vía remedios de Derecho común (responsabilidad precontractual o contractual, con la carga de probar la existencia de un daño, o la anulabilidad por error, con el problema de su esencialidad), entre los que no se encuentra, para la teoría general del contrato, la resolución por incumplimiento del deber de información, que de todas formas conllevaría la «pérdida» del bien adquirido.

Al final constatamos que la falta de información se reconduce a atacar la abusividad del clausulado (luego sanción de su nulidad) que guarde relación con la información omitida, y ello vía control de transparencia, que, como ya sabemos, es de construcción doctrinal y jurisprudencial. En tanto que no se encuentra expresamente positivizado, habrá que estar a la delimitación que de dicho control ha realizado nuestro Tribunal Supremo, esto es, falta de transparencia de las prestaciones principales.

Por tanto, si las variaciones en lo proyectado durante la ejecución de obra conllevasen un incremento del precio, la posible traba al examen de abusividad de las cláusulas en que se pretenda amparar el coste final de la vivienda (en nuestro caso, estipulaciones que sin negociación individual faculden al predisponente a realizar modificaciones sobre lo convenido –cláusula de reserva de variación unilateral– o busquen recabar un aparente consentimiento a las efectuadas –cláusula de conformidad–) podría salvarse aduciendo falta de completa información al respecto<sup>110</sup>.

---

salvo el supuesto de falta de proporción de la información de forma escrita exigida por arts. 98.7 y 99.2 para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento (falta que sanciona el art. 100 con la posibilidad de anulación contractual a instancia del consumidor por vía de acción o excepción), no contempla más sanción que la administrativa (grave, art. 50.2) respecto a la contratación a distancia, al prever que constituye infracción «*El incumplimiento de las obligaciones que la regulación de contratos celebrados a distancia impone en materia de información y documentación que se debe suministrar al consumidor y usuario*» (art. 49.2.b).

<sup>109</sup> Que, como es sabido, contiene la regla de la integración publicitaria, aplicable a toda contratación con consumidores, incluida la promoción inmobiliaria. Con respecto a dicha regla, asimismo sustentada en la interpretación del art. 1258 CC, INFANTE RUIZ, F. J., ««La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en Parra Lucán, M. A. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, p. 265, señala que, comparado con el Derecho de la UE, inclusive la CESL, el Derecho español resulta más protector del consumidor; para su análisis comparativo desde la exégesis, también con referencia a otros ordenamientos europeos e instrumentos de modernización, *vid. ib.* pp. 219-264.

<sup>110</sup> En la medida en que la potestad unilateral del profesional o la supuesta conformidad del consumidor recabada con respecto a las modificaciones realizadas incidan sobre el objeto principal del contrato, tales cláusulas tendrán que cumplir las exigencias acentuadas de transparencia.

## B) POTESTAD RESERVADA DE VARIACIÓN

Que el profesional vendedor se reserve la facultad de hacer modificados o reformados de obra sobre el proyecto original –con la consiguiente repercusión sobre el resultado inicialmente convenido– predisponiendo una cláusula en que el comprador le autorice *ad hoc*, no siempre merece reproche desde la perspectiva tuitiva del consumidor. De hecho, el art. 85.3 TRLCU viene a admitir la facultad de modificación contractual unilateral por el empresario siempre y cuando concurren motivos válidos y estén especificados en el contrato, previendo el carácter abusivo en caso contrario.

La *validez* y *especificación* del motivo de variación, efectuada en ejercicio de tal facultad potestativa, parecen determinar *a priori* la frontera legal que separa licitud y abusividad de dicha cláusula. La mencionada «validez» exige: i) *objetividad*, debiendo tratarse de circunstancias ajenas al libre albedrío del profesional y que, además, no supongan trasladar al consumidor la esfera de riesgo asumida por aquel<sup>111</sup>; ii) *justificación*, no solo del motivo en sí mismo considerado, sino en atención a que sea razonable una modificación unilateral en vez de buscar una solución bilateral<sup>112</sup>. Por su parte, la «especificación» del motivo exige su plasmación contractual de manera no genérica, pues la utilización de expresiones vagas impide al consumidor conocer la causa y el alcance de la variación<sup>113</sup>; además, como ha señalado el Tribunal Supremo, la atribu-

<sup>111</sup> En tal sentido habrá de considerarse si se trata de circunstancias previsibles desde el inicio, y si, en cualquier caso, se ha facilitado la información precisa al consumidor sobre el motivo de la eventual variación y sus consecuencias (GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 85», p. 1015).

<sup>112</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *ibid.* Estaría así justificada la alteración por razones técnicas, derivadas del desarrollo de la obra, que sea de mínima entidad, por entenderse de buena fe inocua para la satisfacción del comprador; v.g., no es lo mismo un cambio de color en la carpintería exterior del edificio que no suponga merma de calidad (en este sentido, SAP Tarragona 27.10.1997, FJ 3.º), que cambiar una puerta que debía ser blindada por una maciza que, objetivamente, no tiene las mismas prestaciones de seguridad (así, SAP Barcelona 22.5.2003, FJ 3.º). Para FERRER RIBA, J. («DA 1.ª, cláusula 2.ª», en ALFARO ÁGUILA-REAL, J. [coord.], *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1002-1004) hay que atender a los efectos que la modificación pueda causar en el contenido contractual, de modo que mediante una valoración previa se pueda garantizar razonablemente que una eventual variación no va a empeorar la posición de un adherente típico en el momento anterior a la misma.

<sup>113</sup> Téngase también presente que con expresiones tales como «modificaciones que vengan motivadas por exigencias técnicas» a menudo se busca obtener «carta blanca» para acometer cambios que luego se escuden en supuestas decisiones de la dirección facultativa. Así lo entendió, por ejemplo, la SAP Madrid 21.7.2011 (FJ 5.º) considerando abusiva la cláusula que facultaba al promotor a hacer modificaciones por «razones técnicas», en cuyo ejercicio se pretendía amparar un cambio de parquet de roble por tarima con acabado en plástico, suponiendo un empeoramiento de la calidad del solado perjudicial para el comprador de la vivienda. Además, una cosa es que haya alteraciones por decisión justificada del arquitecto director de obra y otra bien distinta es que respondan a decisiones del propio promotor de acuerdo con dicho director, elegido este último, no por el comprador, que normalmente no tiene ocasión de pactar tal extremo, sino por el promotor, existiendo entre ellos una dependencia al menos económica; en este sentido, SAP Salamanca 15.3.2010, FJ 2.º

ción de facultades amplias y plenamente abiertas para modificar la construcción conculca el art. 1256 CC, al no referirse a posibles alteraciones debidamente concretadas, bien precisadas y especificadas que eliminen toda eventual situación de efectiva merma funcional<sup>114</sup>.

Dado que tales requisitos de licitud han de darse de forma cumulativa, *a sensu contrario* podría subsumirse en aquella previsión específica de la lista negra la cláusula por la que el vendedor se reserve la facultad de modificación, cuando esta responda a la discrecionalidad de aquel y en su exclusivo beneficio, por pretender ampararse en motivos no debidamente justificados o que, aun pudiendo estarlos en abstracto, no consten en el contrato con la suficiente nitidez, adoleciendo de imprecisión o vaguedad, pues en tales casos cabría entender que dicha cláusula vincula el contrato a la voluntad del profesional, no solo por caer en el art. 85.3 sino también bajo el prisma del art. 85.11 TRL-CU<sup>115</sup>, en el sentido de que con tal cláusula el profesional se reserva tanto la potestad de modificar el contrato como la de decidir, en definitiva, si el resultado final se ajusta a lo inicialmente convenido.

Ahora bien, ¿podría matizarse la eventual consideración de abusividad en atención a factores exógenos al tenor de la cláusula cuestionada? Estamos pensando, por un lado, en el concreto alcance de su ejercicio; por otro, en el resto de condiciones contractuales. *En cuanto a lo primero*, pongámonos en la hipótesis de que la alteración respecto a lo inicialmente proyectado afecte a anexos de la vivienda (v.g., plaza de garaje) o elementos comunes del conjunto residencial en que aquella se encuentra (v.g., jardines, piscinas, etc.). Tal variación no parece tener *a priori* el mismo calado que la que incide directamente sobre la propia vivienda, pero téngase presente que tales elementos forman parte de lo ofertado –por tanto del contenido contractual– y son objeto de valoración

---

<sup>114</sup> STS 4.12.1998, FJ 5.º, teniendo presente la situación desventajosa de los compradores al efectuar la compraventa, no de elementos ya edificados, sino en periodo de construcción, «con lo que el resultado final se les presentaba incierto, al emprender esta aventura contractual basándose en la buena fe de la vendedora que no respondió a sus expectativas fundadas en la oferta publicitaria y clausulado contractual». Haciéndose eco de esta doctrina, la SAP Santa Cruz de Tenerife 17.11.2003, FJ 2.º, entiende inadmisibile la amplitud de facultades reservadas al promotor, pues «en las ventas sobre plano de viviendas en construcción, éstas no tienen una existencia actual, sino futura, aunque gráficamente prefigurada y en vías de conformación; en ellas, el consentimiento contractual se otorga en contemplación de las características de orientación, configuración, distribución, superficie, etc., resultantes del plano incorporado al contrato, que en estos casos no solo tiene una función descriptiva del objeto contractual, sino que ejerce también un papel objetivamente normativo para el promotor vendedor en cuanto a la obligación de entregar la posesión inherente a la compraventa, a la que se halla en tales casos indisolublemente unida, como premisa o presupuesto de su exacto cumplimiento, la de ejecutar u ordenar ejecutar la obra de modo que las viviendas construidas se ajusten a las previsiones del plano incorporado al contrato».

<sup>115</sup> Apunta esta relación, refiriéndose al ordinal 8 DA 1.ª LCU, DIÉGUEZ OLIVA, R., «La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 114.

por el comprador, ya sea de entender importante disponer de ciertos servicios a la hora de adquirir una u otra vivienda, ya sea por la objetiva repercusión que los mismos tienen en el precio de adquisición y ulteriores gastos de mantenimiento<sup>116</sup>. En consecuencia, el mismo tratamiento ha de recibir, a nuestro parecer, la alteración que afecte a la superficie, distribución o calidades de la vivienda, como la que alcance a su configuración en conjunto<sup>117</sup>, y por ende no cabría mitigar el posible carácter abusivo de la cláusula en cuyo ejercicio se pretendiera amparar esta última variación.

*En cuanto a lo segundo* (resto del contrato), la ocasional presencia de estipulaciones que aparentemente compensan el ejercicio de la facultad reservada de variación, como por ejemplo la cláusula que conceda al consumidor la posibilidad de apartarse del contrato como alternativa a la variación operada por el profesional, no nos parece que venga a sanar la eventual abusividad de la cláusula de modificación unilateral dado que, por un lado, se estaría colocando al consumidor en la tesitura de aceptar la modificación o sacrificar su interés en la prestación, y, por otro, de optar por la desvinculación se produciría de facto una renuncia a reclamar por desajuste de lo convenido, limitándose así indirectamente sus remedios por incumplimiento del profesional, en contravención con el art. 86.1 TRLCU<sup>118</sup>.

### C) EMISIÓN DE IRREAL AQUIESCENCIA

Con independencia de que, como antes explicamos, pueda subsumirse en el supuesto previsto en el art. 85.3 TRLCU, la cláusula predispuesta por el

<sup>116</sup> En este sentido, DIÉGUEZ OLIVA, *op. cit.*, p. 110 y resoluciones citadas.

<sup>117</sup> Esto es, vivienda en sí misma y elementos privativos o comunes. Desde esta perspectiva podríamos hablar de una configuración estricta, atinente a planos y calidades de puertas para adentro, y de otra amplia, que incorporaría también lo relativo a aquellos elementos. Resulta interesante el tratamiento que da el art. 20 Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, a las modificaciones en caso de viviendas sobre plano o en construcción: establece que «las modificaciones que se realicen durante el proceso constructivo, salvo que sean consentidas expresamente por todas las personas compradoras, en ningún caso podrán consistir en la *supresión de servicios previstos*, en la imposición de nuevas cargas o gravámenes, en la alteración de la *distribución de espacios en elementos de aprovechamiento común o privativo*, en la creación de nuevos espacios constructivos, en el cambio de naturaleza jurídica de algunos de los ya configurados o en la constitución de ámbitos de comunidad, distintos de los contemplados en el proyecto técnico de obra, con edificios con los que se forme un complejo inmobiliario» (aptdo. 2); que la escritura de división horizontal que el promotor otorgue sin intervención de los compradores no podrá amparar «alteraciones sustanciales del proyecto técnico existente en el momento de perfeccionarse los contratos ni introducir cláusulas que minoren los derechos de las personas compradoras sobre los *elementos comunes o privativos* o que alteren el contenido contractual pactado» (aptdo. 4); y lo que es más interesante, prevé que el incumplimiento de estas disposiciones *facultará al comprador para resolver el contrato* (aptdo. 5).

<sup>118</sup> En este sentido, aunque matizado al caso dudoso y en función de la causa de variación y su trascendencia sobre el contrato, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 85», p. 1016, n. 185.

profesional que refleje una declaración de conformidad del consumidor respecto a lo realizado por aquel (esto es, aprobación de la prestación del vendedor en nuestro caso) es sancionada como abusiva por el art. 89.1 TRLCU cuando tal conformidad sea sobre «hechos ficticios».

Antes de analizar el alcance de esta expresión empleada por el legislador, reparemos en la doble finalidad que tiene la cláusula en cuestión; en tanto que por ella el consumidor declara conforme con su interés la prestación del empresario –incluidas eventuales modificaciones sobre las características del bien–, se pretende imputar a aquel una declaración de voluntad que sirva al profesional como:

i) Prueba del cumplimiento de sus obligaciones, lo que ya de por sí entroncaría con la previsión del art. 88.2 TRLCU, dado que se busca convertir la firma de la cláusula (atribuyendo un valor declarativo a un comportamiento que no lo tiene) en prueba suficiente de la observancia de deberes cuya cumplida justificación corresponde al profesional<sup>119</sup>.

ii) Renuncia del consumidor a exigir la responsabilidad del profesional por defectuoso cumplimiento de la prestación (exclusión o limitación de derechos considerada abusiva por el art. 86.1 TRLCU), pretendida exoneración por cualidades y calidades distintas de las acordadas mas no por vicios ocultos salvo pacto expreso al respecto<sup>120</sup>.

Ahora bien, su configuración como abusiva en el mencionado art. 89.1 requiere la irrealidad del hecho que en la cláusula de conformidad se afirma. Dado que el tenor de la norma proyecta su significado sobre la fase de ejecución<sup>121</sup>, se tratará de estipulaciones que usualmente figuran no tanto de inicio en el contrato privado de compraventa, sino a posteriori, en la mayoría de casos al elevar a público la venta en la escritura que se otorga con valor de tradición, donde se hace constar que el comprador declara conocer y aceptar el estado físico de la vivienda, y/o que la recibe a su plena satisfacción.

El *hecho ficticio* puede consistir en no haberse puesto a disposición del consumidor la vivienda para su previa inspección, de modo que resulta imposible emitir conformidad sobre la exactitud de la prestación del profesional<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 89», p. 1111 y doctrina citada en n. 443.

<sup>120</sup> Como señala SABORIDO (*op. cit.*, p. 166) la reglamentación específica de los defectos o vicios ocultos exigiría, en orden a buscar la exoneración de responsabilidad por los mismos, complementar la cláusula de conformidad con otra alusiva a la renuncia del derecho a reclamar por tales defectos.

<sup>121</sup> De hecho, todos los supuestos del art. 89 TRLCU se refieren a la afectación, bien del perfeccionamiento, bien, como en el caso que nos ocupa, de la ejecución o cumplimiento del contrato.

<sup>122</sup> Téngase presente que la inspección, a efectos de emitir una real conformidad sobre el bien, debe acontecer cuando la vivienda esté terminada porque solo entonces es posible comprobar el ajuste entre lo

Si no hay análisis no puede haber contraste entre lo convenido y lo que se entrega, por lo que tampoco será real la declaración de conformidad recogida en la cláusula cuando el comprador no haya examinado la vivienda habiéndosele ofrecido esta posibilidad<sup>123</sup>. Desde otra perspectiva, si se interpretara que el hecho ficticio va referido a la satisfacción misma del interés del consumidor (esto es, se declara conforme con la prestación del profesional cuando realmente no lo está), sería posible la alegación de abusividad aun cuando haya existido inspección de la vivienda<sup>124</sup>, si bien condicionada a la prueba del defectuoso cumplimiento de la prestación<sup>125</sup>.

Yendo más allá, ¿qué ocurriría si, existiendo análisis, este no hubiera bastado para que el consumidor reparase en ciertos defectos no ocultos? En tal supuesto no habría falsedad en la cláusula por lo que respecta a la comprobación física de la vivienda, mas si determinadas características no son apreciables de forma inmediata (v.g., la altura de los techos<sup>126</sup>), una somera y única inspección resultaría insuficiente para que el consumidor pudiera dar su conformidad plena a la prestación realizada, que es lo que refleja la cláusula, de modo que esta mostraría una realidad tan solo parcial.

Aunque pudiera dudarse del encaje de este caso en la previsión del art. 89.1 TRLCU, pues en puridad no estaríamos ante un hecho «ficticio» (*rectius*, radicalmente falso<sup>127</sup>) sino «insuficiente» (locución que constaba en

pactado y el resultado final. Por tanto, si a la fecha en que se firmó la cláusula la vivienda no se encontraba totalmente acabada, mal puede decirse que el comprador se hallaba conforme con su situación y calidades; en este sentido, encuadrando la estipulación como declaración de conformidad sobre hecho ficticio, la SAP Barcelona 22.5.2003, FJ 2.º

<sup>123</sup> La falta de examen puede obedecer a causa justificada para el consumidor (de forma objetiva, v.g., enfermedad, o más subjetiva, v.g., distancia con el lugar de residencia) o directamente a su pasividad, mas entendemos que incluso esto último no puede ser utilizado por el vendedor para suplantar su voluntad expresando una circunstancia que no ha llegado a producirse, que de hecho es lo que sanciona la norma.

<sup>124</sup> Lo ficticio no sería el examen, sino que, tras este, el consumidor no es favorable al resultado, pese a lo cual la cláusula refleja su entera satisfacción. Aunque pudiera pensarse que en tal caso difícilmente firme el consumidor la cláusula de conformidad, la práctica demuestra que ello acontece junto con el resto de estipulaciones, especialmente ante la promesa del vendedor de acometer posteriores repasos.

<sup>125</sup> Cfr. SABORIDO, *op. cit.*, p. 169.

<sup>126</sup> En este sentido, la STS 17.10.2005, FJ 3.º, afirmando que la cláusula de conformidad no excluye la reclamación del consumidor porque la inspección efectuada por este no permitía apreciar de forma inmediata el defecto (altura de techos, disconforme con el proyecto).

<sup>127</sup> La cuestión sería entonces si la norma exige, en orden a la consideración de abusividad, una ficción total, o si cualquier grado menor también entraría dentro de la previsión legal; dicho de otro modo, ¿una realidad parcial sanaría la parte falsa de la cláusula? La respuesta sería claramente negativa de haberse mantenido la alusión a la *insuficiencia de los hechos* que aparecía en los antecedentes de la LCGC: primero en solitario (art. 16 Anteproyecto: «Las cláusulas de condiciones generales no podrán contener declaraciones de recepción o conformidad con la prestación debida por el predisponente ni otras manifestaciones de aprobación de su conducta o actuación que se funden en hechos insuficientes para justificarla») y después junto a la *ficción de los hechos*, de modo alternativo (Proyecto de 1997: *vid. nota infra*).

el PLCGC<sup>128</sup>), parece claro que no se ajustaría a la buena fe el tratar de preconstituir prueba del exacto cumplimiento incluyendo el profesional una cláusula de conformidad a pesar de conocer: i) la existencia de defectos que contradicen lo proyectado; ii) que tales defectos pasarían seguramente inadvertidos en una inspección del consumidor, no por estar físicamente ocultos –la ocultación sería informativa–, sino porque aquella exige para ponerlos de relieve una exhaustividad impropia de un primer análisis de la vivienda. Ello unido al desequilibrio que supondría dicha cláusula en perjuicio del consumidor, llevaría a sostener su inoperatividad ante una eventual reclamación indemnizatoria por defectuoso cumplimiento del vendedor, habida cuenta del contraste, si no con el art. 89.1, con el supuesto del art. 86.1 TRLCU o con la cláusula general de abusividad.

#### 4.3.4 Plazo de entrega de la vivienda

##### A) ACERCA DE LA ESENCIALIDAD DE LA PUNTUAL ENTREGA Y EL CONTROL DE ABUSIVIDAD

En toda compraventa la obligación principal del vendedor, la entrega del bien, ha de quedar configurada, al igual que la del comprador de pagar el precio, respecto a un momento temporal concreto, cuando ambas no deban cumplirse inmediatamente tras el perfeccionamiento contractual. Tratándose de una compraventa de vivienda, especialmente cuando está en planificación o construcción, la determinación del tiempo de la entrega adquiere gran relevancia para el comprador, máxime si va a destinar aquella a residencia habitual, pues ha de hacer previsiones de considerable trascendencia económica en relación con la disponibilidad de la vivienda comprada<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> Contemplaba la cláusula 20.ª DA 1.ª del PLCGC «las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos *insuficientes* o ficticios». La supresión de esta expresión se debió a la enmienda n.º 107, del Grupo Parlamentario Catalán, que justificaba su eliminación porque «*resulta ininteligible, además de no figurar tampoco el supuesto legal entre las cláusulas abusivas de la Directiva 93/13/CEE*» (BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 78-6, de 23.10.1997, p. 49). El primer argumento califica por sí solo la altura jurídica de los Iltres. parlamentarios; la endeblez del segundo es pasmosa pues siguiendo su lógica tendría que haberse eliminado tanto la declaración de conformidad sobre hechos insuficientes como la de hechos ficticios, porque esto último tampoco aparece en el Anexo de la Directiva 93/13.

<sup>129</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», en AC, n.º 14/2005, versión electrónica, BIB 2005\2025, p. 19, señalando en n. 69 que la fecha de entrega puede condicionar el cese del arrendamiento en que estuviera el comprador o la tradición por su parte de la vivienda de su propiedad que haya vendido al creer que dispondrá en esa fecha de la adquirida.

La preocupación del legislador por este aspecto se ha centrado mayormente en la fase precontractual, estableciendo la obligación del empresario de indicar con precisión la fecha de entrega de las viviendas que promoció, como información previa a proporcionar al adquirente. A nivel estatal, el art. 5.5 RD 515/1989 exige que en la promoción de viviendas que no estén totalmente edificadas se haga «constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación»; asimismo, el art. 60.2.d) TRLCU dispone, con carácter general, la relevancia de informar previamente al consumidor sobre «la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes». A nivel autonómico también encontramos previsiones en esta línea, por ejemplo, en Andalucía<sup>130</sup> quien ofrezca la venta de viviendas en proyecto o en construcción deberá entregar gratuitamente un «documento informativo abreviado» a todo consumidor que solicite información sobre dichas viviendas, documento que incluirá, entre otros extremos, la «fecha de entrega de la vivienda, sus anejos, zonas comunes o elementos accesorios» (art. 6.n RICVA).

El problema, como ya apuntamos anteriormente (*vid.* epígrafe 4.3.3. A), es que esta regulación sobre información previa no va acompañada de sanciones cuya eficacia práctica sea comparable a la establecida para el uso de clausulado abusivo. En concreto, sobre la entrega de viviendas sobre plano en promoción, la inobservancia del deber informativo previo a la contratación sobre plazos de cumplimiento de la prestación es una constante en el mercado inmobiliario español, conociendo el promotor de que las condiciones ofertadas le resultan vinculantes, por mor del art. 61.2 TRLCU.

Es más, aunque se suministrara al consumidor una información precontractual al respecto, incluso si en el contrato se consignara la fecha de entrega, el cumplimiento del plazo referenciado (publicitado y/o estipulado contractualmente) no ha merecido habitualmente la suficiente atención por los promotores inmobiliarios, que vienen considerando la fecha de entrega como meramente indicativa, y de hecho así lo hacen constar muchas veces en el

---

<sup>130</sup> Además de la norma andaluza, podemos mencionar la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura, cuyo art. 30.2 establece que para formalizar contratos de compraventa, y para recibir cantidades a cuenta de una vivienda que esté en proyecto o en construcción, se considera necesario disponer, entre otros requisitos, de una «previsión de plazos de terminación y entrega de las viviendas». También la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia, cuyo art. 18 prevé, por un lado, que con carácter previo a la consignación o anticipo de alguna cantidad a cuenta del precio final, deberá entregarse por escrito a la persona interesada en adquirir una vivienda, información sobre una serie de cuestiones, entre ellas, «la previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas» (aptdo. 1, letra f); por otro, que los contratos de compraventa se redactarán con cláusulas claras, en las que constarán, como mínimo, las condiciones señaladas en la información para la venta (aptdo. 2).

clausulado predispuesto, de manera que ni el promotor ni el propio adquirente (por imposibilidad de negociar el contrato de adhesión) le dan el carácter de *término esencial*<sup>131</sup>, estimándose así que el retraso –en el ámbito constructivo puede cifrarse en meses– no podría fundamentar una reclamación del comprador por incumplimiento contractual<sup>132</sup>.

A ello se une que tradicionalmente la jurisprudencia se ha mostrado bastante laxa ante la impuntual realización de la prestación del vendedor, ya sea por: i) inimputabilidad a este del retraso en la entrega, al entenderlo debido a hechos calificados de caso fortuito o fuerza mayor<sup>133</sup>; ii) considerar que la falta de entrega en plazo, aunque fuere imputable al promotor, no tiene una entidad tal que sea tributaria de una resolución contractual por incumplimiento de aquel. *En cuanto a la primera cuestión*, se observa un gran avance en orden a rechazar la exención de responsabilidad por circunstancias tales como huelgas en el sector de la construcción<sup>134</sup>, insolvencia de la constructora<sup>135</sup>,

<sup>131</sup> Noción formulada por la doctrina alemana como *Fixgeschäfte*, distinguiendo entre *absolute Fixgeschäfte* y *relative Fixgeschäfte* (vid. in extenso SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *La resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, pp. 203-209 y 268-270), dualidad luego adoptada por la doctrina española bajo la denominación de término esencial absoluto y relativo: vid., por todos, INFANTE RUIZ, F. J., *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 2008, pp. 98-104 y 205. Apunta INFANTE (ib. p. 26) que para apreciar los problemas que suscita el contrato con término esencial debe considerarse este desde la regulación general del cumplimiento y hacia las consecuencias jurídicas del retraso en la ejecución de la prestación principal del deudor.

<sup>132</sup> REBOLLEDO VARELA, A. L. («Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por el incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado», en *AC-M*, n.º 6/2005, versión electrónica, BIB 2005\1096, pp. 9-10), apunta el conformismo de los compradores ante lo que parece constituir una inevitable y sistemático incumplimiento del plazo de entrega, que, salvo casos excepcionales y de retrasos muy importantes, renuncian a reclamar, esperando pacientemente la conclusión y entrega de la vivienda ante un promotor que no siente especialmente vinculado por los plazos convenidos.

<sup>133</sup> En este sentido, STS 19.6.1986, FJ 3.º

<sup>134</sup> Para la STS 18.4.2000, FJ 6.º, la huelga de trabajadores no es caso fortuito, dado que la existencia de este requiere, además de la imprevisibilidad, la ausencia de culpa por parte del obligado contractualmente, pues indudablemente concurrió una culpa in eligendo o in vigilando; ni fuerza mayor, que requiere de la existencia de un obstáculo o suceso que siendo extraño a la esfera negocial, sea irresistible o inevitable. Trayéndola a colación respecto a la huelga en la construcción, la SAP Sevilla 29.6.2004, FJ 3.º, afirma que no es caso fortuito, pues el constructor incurrió en culpa in eligendo o in vigilando al escoger el personal para realizar la obra, ni fuerza mayor, pues existía la posibilidad de la contratación con otras personas para la realización del trabajo. Igualmente excluyen la conceptualización de caso fortuito o fuerza mayor respecto a las huelgas en este sector, i.a., la SAP Cádiz 19.7.2002, FJ 2.º (llega incluso a decir que la huelga ilegal no es algo que incumbe al comprador de la vivienda y que solo atañe a la tolerancia de la promotora y a su gestión empresarial); SAP Sta. Cruz de Tenerife 7.2.2003, FJ 3.º; SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2.º

<sup>135</sup> La demora de la constructora en la realización de sus cometidos, por situaciones de insolvencia, no es oponible al comprador que es ajeno a la relación existente entre promotor y constructor, no resultando incardinable en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, pues la responsabilidad del promotor surge *in eligendo* (en la elección del constructor) como *in vigilando* (vigilancia de la obra en construcción, comprobando su desarrollo conforme a los plazos previstos para que su terminación coincidiera con la época pactada por el promotor con sus compradores); en este sentido, ante la suspensión de pagos del constructor, la SAP Cádiz 1.12.2003, FJ 3.º, y estando en concurso, la SAP Burgos 30.7.2010, FJ 6.º

retrasos de subcontratistas<sup>136</sup> o de los servicios municipales en la tramitación de licencias o permisos administrativos<sup>137</sup>, así como fenómenos climatológicos que no sean de magnitud excepcional<sup>138</sup>; circunstancias todas ellas que, no obstante, son de frecuente inclusión en el clausulado predispuesto por el promotor como pretendida exoneración ante la falta de entrega en la fecha pactada.

*En cuanto a la segunda cuestión*, la jurisprudencia ha venido considerando, fuera del supuesto poco habitual en que la fecha de entrega se consigne en el contrato con rango de plazo esencial (de suerte que su incumplimiento autorizara su juego como cláusula resolutoria expresa<sup>139</sup>), la falta de puntual entrega como simple mora (*ex art. 1100 CC*, en su caso con efecto indemnizatorio del art. 1101 CC) más que como incumplimiento resolutorio, calificación esta última que se reservaba en una primera época a la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento<sup>140</sup>, criterio que se fue abandonando de forma progresiva<sup>141</sup>, centrándose entonces en la frustración del fin negocial

<sup>136</sup> En tal sentido, la SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2.º, señala que *«la fuerza mayor contemplada en el art. 1105 C.c. para excluir la responsabilidad contractual, requiere para su apreciación «la existencia de un obstáculo que, siendo extraño a la esfera negocial del obligado o deudor, sea totalmente irresistible o inevitable», circunstancias que no se dan cuando el retraso se debe a otros supuestos retrasos de los subcontratistas de la obra ya que ello supone una culpa in eligendo o in vigilando de la entidad contratista»*, entidad que, a su vez, es contratada por el promotor.

<sup>137</sup> Pues no se trata de hechos imprevisibles sino directamente relacionados con la construcción de viviendas y, por ello, deben ser previstos por quien contrató con los compradores la fecha de entrega de las mismas; los factores técnicos, propios del sector, son perfectamente previsibles como parte integrante y esencial del proceso constructivo y, en consecuencia, evitables con los cálculos oportunos y repercusión en los plazos. Así, v.g., SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2.º; SAP Cáceres 19.1.2004, FJ 3.º; SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2.º; SAP Madrid 6.4.2006, FJ 3.º; SAP Málaga, 15.10.2009, FJ 3.º

<sup>138</sup> No es razón justificativa del retraso la climatología sufrida, por presentar el carácter de ordinaria, según la SAP Barcelona 17.11.2005, FJ 2.º Rechaza que la lluvia exonere de responsabilidad, al no acreditarse que fuera de magnitud excepcional y, por tanto, que pueda considerarse imprevisible, la SAP Sevilla 29.6.2004, FJ 3.º Ante las pretendidas lluvias y vientos alegados por el promotor para exonerarse de responsabilidad, señala la SAP Valencia 16.5.2003, FJ 2.º, la falta de constancia de que las lluvias fueran torrenciales y los vientos de tal entidad que imposibilitaran las tareas edificatorias, las cuales son bastante diversas y muchas de ellas no se ven afectadas por tales circunstancias.

<sup>139</sup> Así, por ejemplo, la STS 5.12.2002, FJ 3.º

<sup>140</sup> Entre otras muchas, SSTS 28.2.1980 (Cdo. 5), 11.10.1982 (Cdo. 2), 7.2.1983 (Cdo. 2), 19.6.1986 (FJ 3.º), 23.9.1986 (FJ 5.º).

<sup>141</sup> Da cuenta de ello la STS 31.10.2006, FJ 5.º: *«Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)»*. Esta tendencia, como apunta

y legítimos intereses de parte<sup>142</sup>, lo cual se ha ido valorando en función del tiempo transcurrido desde que hubo de efectuarse la entrega, según lo pactado, hasta la interposición de la demanda del comprador precisamente por la falta de entrega en plazo, con diversidad de opiniones judiciales al respecto<sup>143</sup>.

La regla general, por tanto, es que el mero retraso en principio, no da lugar a la resolución, cuando no es esencial, ni frustra el fin del contrato ni los intereses de parte; sí da lugar, cuando forma parte esencial del contrato o bien, en sí mismo, aparece como esencial<sup>144</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia más reciente ha examinado si la normativa sobre promoción y venta de viviendas en construcción con percibo de cantidades anticipadas, esto es, la Ley 57/68 (desde el 1.1.2016 solo en DA 1.ª LOE), introducía o no alguna especialidad en la relevancia del retraso en la entrega de la vivienda respecto del régimen general del art. 1124 CC sobre resolución contractual por incumplimiento; concretamente, si el art. 3 Ley 57/68 venía a contener un régimen especial para la compraventa de viviendas comprendidas en su ámbito de aplicación que permitiera al comprador resolver («rescindir» en términos de tal precepto) por retraso en la entrega *aun cuando tal retraso no sea especialmente intenso o relevante*<sup>145</sup>.

Al realizar tal análisis, el Tribunal Supremo ha rectificado su anterior doctrina interpretativa de la Ley 57/68 en orden al incumplimiento del plazo de

---

la STS 5.4.2006, FJ 3.º, «se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud de contrato», norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios de Derecho europeo de contratos». Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cizur Menor, 2005, p. 15, señala que las obligaciones no se resuelven porque el incumplimiento haya sido culpable, sino porque la resolución es un remedio perfectamente razonable, o incluso necesario, frente al incumplimiento, sea este culpable o no, y de hecho el art. 1124 CC contempla el incumplimiento pero no su imputabilidad.

<sup>142</sup> Indica REBOLLEDO (*op. cit.*, p. 14) que se hace hincapié en tal frustración para saber cuándo hay mora, en que la entrega del vendedor aunque tardía todavía satisface objetivamente el interés del comprador y, por tanto, solo permite el cumplimiento forzoso con eventual indemnización de daños, y cuando concurre incumplimiento que permite al comprador optar por la resolución contractual, «en otras palabras, cuando el retraso no causa la frustración del fin perseguido con la celebración del contrato, al no conllevar la inutilidad de la prestación para el acreedor, no estamos ante un supuesto de resolución por incumplimiento sino tan solo de mora».

<sup>143</sup> Por ejemplo, considera incumplimiento resolutorio una desviación temporal de año y medio la STS 14.11.1998 (FJ 1.º), de quince meses la SAP Barcelona 28.5.2004 (FJ 2.º), nueve meses como supuesto de mora indemnizable la SAP Almería 20.10.2009 (FJ 2.º) y tres meses la SAP Madrid 8.4.2011 (FFJJ 3.º y 4.º).

<sup>144</sup> Como dice la STS 20.2.2015, FJ 3.º, pto. 2, «no cabe dar criterios prefijados, sino atender al caso».

<sup>145</sup> STS 20.1.2015, FFJJ 3.º y 5.º

entrega y sus consecuencias <sup>146</sup>. En efecto, recogiendo la equiparación realizada previamente entre la «rescisión» *ex art. 3 Ley 57/68* y la resolución por incumplimiento regulada en el art. 1124 CC <sup>147</sup>, ha venido a sentar doctrina –vía Pleno– en la STS 20.1.2015, según la cual:

i) El incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al art. 3 Ley 57/68, la resolución contractual a instancia del comprador, siempre que este ejercite el derecho resolutorio antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega <sup>148</sup>.

ii) Tal precepto introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea particularmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento que justifica la resolución por el comprador, especialidad que, a su vez, determina que *en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de*

<sup>146</sup> Si bien es cierto que en los últimos tiempos la jurisprudencia ha avanzado respecto a la línea que marcará la STS 9.6.1986, superando una concepción «predominantemente administrativa» del contenido de la Ley 57/68 (así, la STS 9.6.1986, FJ 4.º, al contemplar el incumplimiento de las obligaciones de garantizar la devolución de cantidades anticipadas y de percibir las a través de cuenta especial, como simples ilícitos administrativos) para dotarla de plenos efectos civiles (prueba de ello son las SSTs 3.7.2013, 13.9.2013, 23.5.2014, 25.11.2014, y doctrina reiterada por SSTs 25.10.2011, 10.12.2012, 11.4.2013 y 7.5.2014, según la cual es esencial la obligación de garantizar mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que su incumplimiento faculta al comprador para resolver el contrato e impide al vendedor resolverlo si aquel no atiende los pagos parciales a cuenta del precio), el TS se ha mostrado reacio a cambiar de criterio sobre la relevancia del retraso a fines resolutorios. No ha sido hasta la STS 20.1.2015, dictada en Pleno, cuando se ha elevado a rango de esencial la obligación de puntual entrega de las viviendas comprendidas en el ámbito de la Ley 57/68, de manera que su incumplimiento bastaría para resolver, en contra de lo mantenido por la STS 9.6.1986, que interpretaba (FJ 4.º) la opción del art. 3 Ley 57/68 como un supuesto de «total o práctica inexistencia de la vivienda».

<sup>147</sup> Equiparación que realizara la STS 5.5.2014, dictada en Pleno, en los siguientes términos: «*De la propia redacción del precepto mencionado se deduce que en el artículo se trata de la rescisión (entiéndase resolución) y recoge la posibilidad de que se pueda conceder una prórroga para la terminación de la obra. Se ha de entender como resolución, dado que la acción de rescisión es subsidiaria (art. 1294 C. Civil) y por razones distintas del incumplimiento contractual*» (FJ 4.º), tras lo cual declaró que no procedía resolver el contrato por retraso, porque al requerirse de resolución al vendedor la vivienda ya estaba terminada y en disposición de ser entregada –contaba con licencia de primera ocupación–, y el comprador había sido previamente requerido por aquel para consumir el contrato (FJ 5.º). Partiendo de dicha equiparación, la STS 20.1.2015 (FJ 6.º, pto. 3) dio una serie de razones que la justificaban, entre las cuales destacamos dos: el carácter irrenunciable (conforme art. 7 Ley 57/68) del derecho reconocido al comprador en el art. 3 Ley 57/68, y el específico equilibrio contractual que tal precepto establece en los contratos sujetos al régimen de dicha Ley, compensando el derecho del vendedor a resolver por un solo impago del comprador con el derecho de este a hacer lo propio por retraso en la terminación y entrega de la vivienda.

<sup>148</sup> STS 20.1.2015, FJ 6º, pto. 3, recogiendo la salvedad cronológica que, con carácter determinante, apuntara la STS 5.5.2014, FJ 5º.

*ámbito general del art. 1124 CC, considera que el retraso de una parte en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte*<sup>149</sup>.

iii) La resolución del contrato que así se inste puede denegarse, pese a la existencia de retraso en la entrega de la vivienda, por mala fe o abuso de derecho del propio comprador<sup>150</sup>.

Entendemos que esta doctrina es sostenible aun después de la entrada en vigor de la Ley 20/2015 (1.1.2016), pues aunque esta deroga la Ley 57/68 (añadiendo una DD 3.<sup>a</sup> a la LOE), da una nueva redacción a la DA 1.<sup>a</sup> LOE que, si bien modifica el régimen de garantías de aquella en cuanto a requisitos y carácter ejecutivo, sigue previendo esa posibilidad de «rescisión» en caso de falta de entrega de la vivienda adquirida en construcción con cantidades anticipadas<sup>151</sup>. Bajo tal premisa comentaremos a continuación dicha doctrina, haciendo las referencias oportunas al traslado normativo *ex* Ley 57/68 – LOE.

Así, en la compraventa de vivienda en construcción, cuyo promotor-vendedor perciba del adquirente entregas de dinero para su construcción (aptdo. uno DA 1.<sup>a</sup> LOE, antes art. 1 Ley 57/68), la principal obligación de aquel no es solo entregar la vivienda sino hacerlo en el plazo estipulado, contando con la preceptiva licencia de primera ocupación, so pena de que el comprador pueda resolver el contrato<sup>152</sup> (o bien conceder una prórroga, que debe expresarse en cláusula adicional donde se especifique la nueva fecha de entrega: aptdo. cuatro DA 1.<sup>a</sup> LOE, antes art. 3 Ley 57/68), independientemente de la entidad del retraso, pues *se trata de un término esencial en este ámbito*, de modo que no cabe atender a los parámetros del art. 1124 CC: se equipara «rescisión» con resolución por incumplimiento, pero no su régimen general, pues esa acción se basa en datos

---

<sup>149</sup> STS 20.1.2015, FJ 6.º, pto. 3.

<sup>150</sup> Matiz a esta doctrina (STS 20.1.2015, FJ 7.º), al que de hecho se acogió después a la STS 30.4.2015 para denegar la pretensión resolutoria del comprador, por entender que este «solo pretendía desvincularse del contrato por intereses subjetivos ajenos al contrato mismo, a su causa, sin un interés jurídicamente atendible» (FJ 4.º).

<sup>151</sup> Donde el art. 3 Ley 57/68 reza en su pfo. 1.º que «*Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el seis por ciento de interés anual (...)*», el aptdo. cuatro DA 1.<sup>a</sup> LOE, según redacción dada por Ley 20/2015, dice que «*Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales (...)*». Como se ve, la previsión es sustancialmente la misma. Ciertamente que esta última no se refiere expresamente al plazo, mas el supuesto de hecho es el de la falta de entrega «*en el plazo convenido*» si atendemos al nuevo aptdo. uno.a) *in fine* DA 1.<sup>a</sup> LOE, como ya contemplara el art. 1.1.º *in fine* Ley 57/68.

<sup>152</sup> *Vid.* STS 12.9.2016, FJ 5.º, pto. 2 y jurisprudencia ahí citada.

puramente objetivos (por una parte, la entrega de cantidades anticipadas para la adquisición de vivienda en los términos antes indicados; por otra, la expiración del plazo convenido para el inicio de las obras o entrega de la vivienda sin que se haya efectuado puntualmente), de ahí que huelgue valorar el carácter grave o no del incumplimiento, la frustración del fin negocial o las expectativas del comprador, tan solo ha de estarse a la concurrencia de las circunstancias previstas en la normativa específica para la viabilidad de esta acción resolutoria especial, que solo quebrará de apreciarse mala fe en quien la ejercite.

Atendiendo a la nueva doctrina jurisprudencial *cabría distinguir dos hipótesis*: compraventa de viviendas para cuya construcción se perciban cantidades anticipadas de los adquirentes, donde la puntual entrega es esencial y, por ende, tributario su incumplimiento de una resolución contractual con el límite de la buena fe; y la compraventa de viviendas que, por no adelantarse parte del precio con destino a su construcción o por hallarse ya construidas al adquirirse, escapan a dicho régimen luego siguen la regla general, esto es, la valoración de su falta de entrega en plazo bajo los parámetros del art. 1124 CC, de modo que solo cabría entenderla como incumplimiento resolutorio cuando el lapso temporal transcurrido sea de tal entidad (a juicio del tribunal correspondiente) que frustre el fin negocial o los intereses de parte.

Ya estemos en una u otra hipótesis, el éxito de la acción del comprador parte de una premisa: la constancia en el contrato de una fecha de entrega determinada, que aquel pueda invocar como vinculante para el vendedor y, por tanto, defender su inobservancia como incumplimiento resolutorio (con mayor o menor dificultad, dependiendo de la hipótesis en que nos encontremos). Aquí es donde el *control de abusividad se torna fundamental*, pues cómo articular una resolución por falta de entrega en plazo cuando se predispongan cláusulas no negociadas que, por ejemplo, excepcionan el puntual cumplimiento ante circunstancias prefijadas, conceden prórrogas automáticas e indefinidas, le dan a la fecha establecida el carácter de meramente orientativa, etc. (supuestos que trataremos a continuación), si no es pasando por la nulidad de tales estipulaciones que, de ser aplicables, truncarían el ejercicio no solo de dicha acción resolutoria sino también de la reclamación indemnizatoria aparejada o bien planteada en solitario de no demandarse la resolución<sup>153</sup>.

Y cuando hablamos de examen de abusividad nos referimos tanto al control de contenido como de transparencia, al que debe someterse el clausulado

---

<sup>153</sup> Sobre las consecuencias indemnizatorias de la no entrega en el plazo convenido *vid.* REBOLLEDO, *op. cit.*, pp. 16-18, y LUQUE JIMÉNEZ, M. C., «La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 153-155.

adhesivo relativo al plazo de entrega en los contratos comprendidos en ese ámbito especial, toda vez que en ellos la puntualidad en la prestación del vendedor es tan esencial como la entrega misma de la vivienda, de manera que el momento de cumplimiento de esta obligación ha de consignarse bajo las especiales exigencias de transparencia que se requieren para el clausulado principal. Téngase presente que, ya sea en dichos contratos como en aquellos otros de venta de vivienda (a los que, como mínimo, será aplicable el control de contenido en su caso), la claridad respecto al tiempo en que el consumidor recibirá lo comprado es necesaria para que pueda elegir con seguridad entre las distintas ofertas del mercado inmobiliario <sup>154</sup>.

#### B) IRREGULARIDADES SOBRE EL TIEMPO DE CUMPLIMIENTO Y ANÁLISIS DE SU EVENTUAL CARÁCTER ABUSIVO

De entre las irregularidades que pueden darse en el contrato de compraventa de vivienda respecto al plazo de entrega, la más grave es la falta de indicación sobre tal extremo, sobre todo cuando tampoco se haya fijado vía información previa a la celebración (lo que ya de por sí supone infracción de lo dispuesto con carácter general en art. 60.2.d TRLCU y normativa sectorial, estatal y autonómica, antes señalada) que permitiera cubrir la omisión en el contrato <sup>155</sup>.

Lo que suele ocurrir en tal caso es que el vendedor se limite a estipular una fecha de terminación de la obra, de modo que, ante una eventual reclamación del comprador por su expiración sin entrega, aquel pueda escudarse en que no se pactó plazo a tal efecto sino para la conclusión de la edificación. Aquí no cabría considerar abusiva la estipulación en sí, sino la interpretación que a la misma diera el vendedor, pues aunque su tenor literal pudiera llevar a pensar que ciertamente no se pactaba plazo alguno de entrega de la vivienda, de ser así debería declararse contraria a la buena fe por inducir a error de forma torticera. Y es que cuando un particular adquiere una vivienda en construcción, lo que le importa es cuándo dispondrá de ella, única razón por la que pueda interesarle la fecha de terminación de obra; por tanto, desde la óptica del contrato celebrado, que no es arrendamiento de obra, la fecha relevante es la de entrega de la vivienda, no la de conclusión edificatoria, que será importante en

---

<sup>154</sup> Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 85», p. 1003 y doctrina en n. 149.

<sup>155</sup> Dado que, en base al art. 61.2 TRLCU, las condiciones ofertadas le resultan vinculantes al empresario, con independencia de su posterior reflejo o no en el documento contractual.

las relaciones promotor-constructor, mas no tanto en la relación promotor-comprador<sup>156</sup>.

Para evitar que el cumplimiento de la prestación se someta así al arbitrio del vendedor (lo cual prohíbe el art. 1256 CC con carácter general), en tanto que al no estipularse plazo de entrega podría efectuarla cuando quisiera, resultaría procedente su fijación judicial al amparo de lo dispuesto en el art. 1128 CC, aplicable cuando no se señalare plazo correspondiente (pfo. 1.º) o, señalándose, quedara a voluntad del deudor (pfo. 2.º). Y la solución que vienen dando los tribunales, en ausencia de otra estipulación que en el contrato establezca plazos concretos, es tener como fecha de entrega la contractualmente establecida para la terminación de la obra<sup>157</sup>, aun cuando el tiempo de finalización se haya hecho constar como «fecha aproximada»<sup>158</sup>. En cuanto a esto último, otra de las anomalías que encontramos en los contratos de compraventa de vivienda es la consistente en que, estipulándose una fecha de entrega, esta figure como «orientativa» o «aproximada», como gustan de llamar los promotores inmobiliarios, que así lo predisponen con el propósito de vaciar de contenido la disposición reguladora del plazo de entrega. En este caso no es que haya, como en el anterior visto, una absoluta indeterminación de dicho plazo, sino una *insuficiente determinación* por el carácter meramente indicativo del tiempo de cumplimiento de la prestación debida, cuya satisfacción quedaría así condicionada a la voluntad del vendedor. Al respecto, los tribunales han venido manteniendo que la fijación de fechas aproximadas de entrega no puede ser un expediente al que pueda acogerse el promotor para dejar a su arbitrio el cumplimiento de la obligación de entrega dentro de plazo<sup>159</sup>; tratándose de un

<sup>156</sup> Así, SAP Ávila 7.1.2004, FJ 4.º

<sup>157</sup> En este sentido, la SAP Madrid 19.1.2006, FJ 3.º, dispone que *«dado que el contrato privado suscrito entre las partes, no contemplaba prescripción alguna sobre la fecha de entrega de la vivienda adquirida, limitándose a señalar que la obra estaría concluida dentro del primer semestre de 2001, es esta fecha de 30 de Junio de 2001, la que habría de tenerse como válida a todos los efectos para fijar la fecha de entrega de la vivienda adquirida por el actor; hoy apelante, puesto que caso contrario, quedaría al total arbitrio de la constructora el fijar dicho momento, en claro perjuicio de los derechos de los adquirentes. A lo expuesto, no puede ser óbice, que el certificado de fin de obra se suscribiera en fecha de 20 de Julio de 2001, puesto que ello no acredita la disponibilidad de la vivienda por parte del apelante»*; por su parte, la SAP Sta. Cruz de Tenerife 21.11.2007, argumenta que *«carece de sentido alguno decir -o pactar- que la fecha en que se fija la terminación de las obras no ha de coincidir con la de entrega de la vivienda, pues, precisamente, una y otra, en lo que hace a los intereses de los contratantes, vendedor y comprador, están indefectiblemente relacionadas, constituyendo dos aspectos de una misma cuestión, la entrega depende inexorablemente de la terminación de las obras; por eso, en la cláusula séptima del contrato se pactó que terminada la obra la parte vendedora notificará a la compradora el día, hora y lugar para formalizar la escritura pública»*.

<sup>158</sup> Por ejemplo, la SAP Valladolid 23.9.2010, FJ 2.º, deja como fecha firme la aproximada de terminación que constaba en el contrato, tanto para la finalización como para la entrega.

<sup>159</sup> Entre otras, SAP Málaga 29.4.2004, FJ 2.º; SAP Baleares, Secc. 5.ª, 22.12.2004, FJ 2.º; SAP Baleares, Secc. 3.ª, 8.2.2005, FJ 2.º; SAP Valladolid 23.9.2010, FJ 2.º

supuesto de cláusula abusiva que con amplitud prevé el art. 85.1 *in fine* y de forma específica el art. 85.8, ambos del TRLCU <sup>160</sup>.

La amplia dicción del art. 85.1 *in fine* permite incluir aquellos otros supuestos en los que el tiempo de cumplimiento se supedita a eventos tales como el inicio de las obras <sup>161</sup> o la concesión de la licencia municipal de primera ocupación, que a su vez depende de la finalización de obra que ha certificar la dirección técnica de la obra <sup>162</sup>. En estos casos el comprador desconoce cuándo va a disponer en concreto de la vivienda, bajo una aparente determinación del plazo que en realidad no marcaría en el tiempo un momento preciso, trasladándosele al consumidor la incertidumbre que procede de personas a las que el vendedor introduce en su esfera de cumplimiento, o

---

<sup>160</sup> De acuerdo con el art. 85.1 son abusivas «las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo [...] *insuficientemente determinado* para [...] satisfacer la prestación debida». Entendiendo que esa previsión final se refiere a cualquier tipo de indeterminación, con independencia de su causa, GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. ult. cit.*, p. 1001) sostiene que el supuesto previsto en el art. 85.8 («cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario») simplemente se circunscribe a un caso concreto de indeterminación, esto es, cuando a pesar de haberse fijado una fecha para el cumplimiento se hace constar al mismo tiempo su carácter tan solo orientativo, por encontrarse condicionado a la voluntad del profesional.

<sup>161</sup> Además de la obtención del permiso administrativo correspondiente, ya de por sí condicionante, si en el contrato se dispusiera que la vivienda se entregará en «X» meses contados desde el comienzo de las obras sin especificar fecha de inicio de la construcción, quedaría a voluntad del vendedor decidir cuándo empieza a computarse el plazo para la entrega. En este sentido, la Secc. 13.<sup>a</sup> AP Madrid, en sentencias de 14.9.2004, FJ 4.<sup>º</sup>, y 9.3.2005, FJ 3.<sup>º</sup>, como supuesto incardinable en los actuales arts. 85.1 *in fine* y 85.8 TRLCU. En contra, la Secc. 5.<sup>a</sup> AP Murcia, que ha establecido un criterio según el cual la cláusula que fija un plazo de entrega a contar desde el inicio de las obras no merece la calificación de abusiva, sosteniendo que dicha cláusula, de acuerdo con el art. 1284 CC, ha de interpretarse en el sentido más adecuado para que surta efecto, cual es que la «cláusula no dejaba a la voluntad del vendedor la fecha de iniciación de las obras, sino que era su obligación contractual iniciarlas en cuanto dispusiese de las autorizaciones administrativas correspondientes» (sentencia de 10.7.2012, FJ 3.<sup>º</sup>, citando las resoluciones de tal Sección que vienen a conformar este criterio).

<sup>162</sup> En este sentido, SAP Cádiz 14.11.2005, FJ 2.<sup>º</sup> Téngase presente que mientras el arquitecto no firma el certificado final de obra, no puede considerarse a efectos jurídicos o administrativos que la obra esté finalizada, pues en tanto tal acto no tenga lugar no es posible solicitar permiso administrativo para ocupar el inmueble. Señala la SAP Ávila 7.1.2004, FJ 3.<sup>º</sup>, en cuanto a la alegación de que el plazo de entrega no podía pactarse al no depender del promotor el tiempo que tardasen en expedirse los permisos administrativos, como la licencia de primera ocupación, que tal argumento es falaz, «*pues es la promotora la que deberá tener en cuenta, al redactar el contrato, los plazos que prevea para la obtención de dichos permisos*». Sobre la cláusula que supedita la entrega a la concesión de dicha licencia, la Secc. 5.<sup>a</sup> AP Sevilla argumenta que se trata «*de algo que depende de la fecha en que se solicite y de las condiciones en que se haga, al arbitrio, en definitiva, de su exclusiva voluntad, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse nunca al arbitrio de uno de los contratantes*» (sentencia de 7.3.2007, FJ 6.<sup>º</sup>), y que «*se supedita al libre albedrío de la demandada, ya que se concederá por la administración municipal competente una vez que la dirección técnica dé por finalizada la obra, hecho que depende de la demandada, y siempre que la obra ejecutada se ajuste al proyecto aprobado administrativamente*» (sentencia de 23.6.2008, FJ 4.<sup>º</sup>).

de factores cuya realización se integra en el riesgo asumido por el promotor al contratar <sup>163</sup>.

En otras ocasiones el cumplimiento en el plazo señalado se hace depender de que no concurren eventos relacionados de forma predispuesta por el vendedor. Así, es habitual que, tras comprometerse a la entrega de la vivienda en una fecha, conste en el contrato que ello será así *salvo* que acontezcan circunstancias tales como huelgas en el sector de la construcción, retrasos del constructor o subcontratistas, en la tramitación de permisos administrativos, etc.

Con independencia de que tales previsiones, pretendidamente exoneradoras de la obligación de entrega en plazo, sean rechazables como comprensivas de caso fortuito o fuerza mayor –según vimos antes–, podrían considerarse abusivas desde una doble perspectiva: i) mientras que el comprador se encuentra vinculado en firme al pago del precio en plazos inamovibles –y además sujetos normalmente a cláusulas resolutorias por su desatención <sup>164</sup>–, el vendedor no está sometido a una vinculación tan estricta en el cumplimiento de su prestación, que se subordina a variables con que busca rebajar su nivel de diligencia y la responsabilidad por hechos propios o de terceros a los que introduce en su esfera de actuación, supuesto incardinable en el art. 85.7 TRLCU bajo interpretación amplia <sup>165</sup>; ii) la consignación de tales circunstancias supone que, acontecido el evento, el

---

<sup>163</sup> Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. ult. cit.*, p. 1002), diferenciando los casos en que el tiempo de cumplimiento depende de terceros y aquellos otros en que depende del propio empresario, donde el perjuicio para el consumidor se manifiesta en la vinculación indefinida de este y su unilateral sometimiento a la conveniencia de aquel, dejando a su arbitrio el cumplimiento del contrato y suprimiendo, injustificadamente, el principio general de responsabilidad por incumplimiento.

<sup>164</sup> En este sentido, resultaría evidente el desequilibrio que generarían las cláusulas que, ante eventos prefijados por el vendedor, vendrían a eximir de consecuencias resolutorias y/o indemnizatorias por la no entrega en plazo, cuando en cambio se predispusieran cláusulas de resolución por impago del comprador o reguladoras de intereses por su retraso en el pago, pues la facultad prevista para el vendedor no se correspondería con la misma del comprador.

<sup>165</sup> Establece el art. 85.7 la abusividad de «Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa *únicamente de la voluntad del empresario* para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme». A pesar de la aparente rigidez de esta disposición, en línea con la letra c) Anexo Directiva 93/13 («Prever un compromiso en firme del consumidor mientras que la ejecución de las prestaciones del profesional está supeditada a una condición cuya realización depende únicamente de su voluntad»), cabe una interpretación según la cual lo abusivo es configurar como condición un evento controlado por la actuación del profesional, *aunque sea algo más que su mera voluntad* (cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. ult. cit.*, p. 1056). En este sentido y en nuestro caso, el que acontezcan o no las circunstancias recogidas en la cláusula dependerá realmente de la diligencia del promotor al elegir al constructor (que a su vez contratará las subcontratas de obra), al vigilar la obra en construcción para que finalice con margen suficiente para tramitar la licencia de primera ocupación, cuya obtención, dentro del tiempo consignado para entrega de la vivienda, depende de la condiciones en que se solicite, tanto en fecha como en ajuste al proyecto aprobado administrativamente, lo cual ha de supervisar el promotor y personal técnico contratado.

plazo de entrega queda automáticamente prorrogado *sine die*<sup>166</sup>, restringiéndose así las facultades resolutoria y/o indemnizatoria del consumidor por falta de entrega en plazo, *ergo* subsumibles en los ordinales 5 y 7 del art. 86 TRLCU, plazo que a la postre incurría en indefinición *ex art. 85.1 in fine* del mismo cuerpo legal.

Téngase además presente que la predisposición de cláusulas prorrogatorias del plazo de entrega establecido supondría, en los contratos de compraventa de vivienda para cuya construcción el promotor perciba cantidades anticipadas de los adquirentes, infracción del aptdo. cuatro DA 1.<sup>a</sup> LOE (antes art. 3 Ley 57/68), según el cual la prórroga al promotor que no ha entregado en fecha la vivienda es una opción a tomar por el comprador, nunca una obligación que pueda serle impuesta. Es más, prevé dicha norma que, de conceder prórroga, esta «*se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*»; lo cual excluye toda prórroga automática, ya sea indefinida o reguladora de un concreto plazo complementario, pues solo valdrá la que tras la expiración de la fecha inicial se consigne en esa cláusula adicional, que facultará al adquirente, de darse un segundo incumplimiento del promotor (esto es, que vencido el nuevo plazo para la entrega de la vivienda, esta no se verifique), para «rescindir» el contrato, facultad que, como ya vimos, equipara el Tribunal Supremo a la resolución por incumplimiento.

#### 4.3.5 Repercusión de gastos al consumidor adquirente de vivienda

##### A) CONSIDERACIONES GENERALES

Al fijar el precio de la vivienda, el vendedor tiene en cuenta los costes empresariales que le va a suponer el cumplimiento de obligación principal, esto es, su entrega, ya sea real o instrumental con el otorgamiento de escritura pública (titulación de la compraventa). Antes de la entrega, y de hecho para llegar a efectuarla adecuadamente –lo que en este ámbito incluye entregar la vivienda *en condiciones de habitabilidad*–, el promotor inmobiliario tendrá que asumir gastos imprescindibles: por un lado, para levantar la pro-

---

<sup>166</sup> Lo habitual es que en la misma cláusula donde se predispongan las circunstancias cuya concurrencia haga inexigible la puntual entrega, se consigne que la prórroga en el plazo de entrega será igual al número de días que duren los retrasos motivados por dichas circunstancias. Aunque no tuviera reflejo contractual, el efecto de prórroga indefinida operaría de forma automática al producirse el evento predispu-

moción de viviendas precisa crédito, de manera que hasta terminarlas y entregarlas tendrá que pagar las cuotas del préstamo hipotecario que le concedieran para financiar la construcción (el llamado «préstamo promotor»<sup>167</sup>), así como los gastos notariales, tributarios y registrales propios de la declaración de obra nueva, la división horizontal y la distribución de responsabilidad hipotecaria, incluidos los de cancelación del préstamo en caso de no subrogarse el comprador; por otro lado, las tasas y pagos que hubiera que realizar por las acometidas definitivas de los suministros generales, tales como alumbrado, agua potable, alcantarillado, etc., con la correspondiente licencia de primera ocupación.

El problema radica en que si el promotor, en vez de tener por descontados tales gastos en el precio que ponga a la vivienda, los impone al comprador fuera del precio aparentemente fijado, el coste total que la operación tiene para el adquirente puede ser superior al que creía haber asumido. Lo mismo sucedería con la imposición del pago de tributos correspondientes al vendedor.

Para que no exista una alteración sorpresiva del precio, el profesional ha de presentar su oferta de modo que el consumidor conozca desde el principio el importe íntegro de la operación. Téngase presente que el art. 7 Directiva 2005/29 configura como práctica comercial desleal la omisión de *información sustancial* que necesite el consumidor para tomar la decisión de adquirir<sup>168</sup>, considerándose como tal, cuando haya una invitación a comprar, el precio y los gastos adicionales que puedan calcularse razonablemente de an-

---

<sup>167</sup> Que pudiera venir de un «préstamo suelo», con el cual se financia la compra del solar sobre el que se pretende desarrollar la promoción inmobiliaria, y que se garantiza con hipoteca sobre el terreno a adquirir. Salvo que la entidad que concediera el préstamo suelo fuera distinta a la concedente del préstamo promotor (en cuyo caso esta última obliga al promotor a cancelar aquel para, una vez libre de cargas el solar, conceder el préstamo que financie la realización de la obra), lo habitual es ampliar el préstamo inicial y transformarlo en promotor, por razón de ahorro de costes, tanto tributarios (si se cancelara el préstamo suelo, el impuesto de Actos Jurídicos que grava la escritura de préstamo promotor iría sobre la totalidad de este, mientras que si aquel se amplía solo se tributará por la diferencia de su límite y el del préstamo promotor) como de comisiones (la ampliación evita que se abone doble comisión de apertura de préstamo). Durante la burbuja inmobiliaria española, no era extraño que las entidades crediticias llegaran a integrar directamente la financiación del suelo dentro de la figura del préstamo promotor; de tal situación se ha pasado a que el solar haya que adquirirse con recursos propios y que la financiación para construir sea muy limitada y condicionada.

<sup>168</sup> Dispone el aptdo. 1 del art. 7 Directiva 2005/29 que es «engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y la limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado». El aptdo. 2 añade una segunda modalidad de omisión engañosa, en la que si bien no se omite información, se oculta o se ofrece «de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto».

temano o, de no poderse, la forma en que se determina el precio y el hecho de que pueden existir tales gastos (art. 7.4.c), por tanto será «omisión engañosa» –luego práctica desleal– la oferta en que figure un precio sin comprender los gastos adicionales a repercutir. La transposición de tal precepto se bifurca en los artículos 7 LCD, definidor de las omisiones engañosas<sup>169</sup>, y 20 TRLCU, que en su apartado primero lista la *información necesaria* en la oferta comercial y, desde la reforma operada por Ley 3/2014, en el segundo prevé que su omisión será considerada «*práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*»<sup>170</sup>, constituyendo así una práctica desleal la presentación de la oferta que omita o comunique de forma poco clara «*el precio final completo, incluidos (...) los gastos adicionales que se repercutan al consumidor o usuario*» o, de no poder fijarse de antemano con exactitud, la base de cálculo que permita comprobar el precio y el hecho de que existen tales gastos así como su importe estimado de conocerse (art. 20.1.c y 2 TRLCU, en relación con art. 7.1 LCD).

Como se ve, lo que trata de evitarse no es la repercusión de gastos adicionales, sino que ello no se comunique o deje de informarse claramente al respecto en la oferta comercial, impidiendo así que el consumidor tome una decisión de contratar con el debido conocimiento de causa. Lo que se prohíbe no es dicha repercusión sino la «práctica comercial engañosa» (por acción u omisión, arts. 6 y 7 Directiva 2005/29<sup>171</sup>) consistente en este caso en configurar la oferta hurtando al consumidor, ya sea por falta de información u opacidad sobre tal repercusión, el conocimiento sobre el importe total de la operación; práctica desleal que, en la conceptualización amplia sostenida por el Tribunal de Justicia, lo será con independencia de que afectara a un solo consumidor, su carácter intencional o no, la eventualidad de que aquel hubiera podido obtener

<sup>169</sup> Trasunto de los aptdos. 1-3 del art. 7 Directiva 2005/29, con una redacción bastante más comedida, pues el aptdo. 4 del precepto europeo, que relaciona la *información sustancial* que ha de figurar en la invitación a comprar, se incluye en el art. 20 TRLCU.

<sup>170</sup> Explica la Exposición de Motivos (III) de la Ley 3/2014 que «se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido, con *objeto de adecuarlo* al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20», adecuación que vino en forma de modificación de los arts. 19.4 y 20.2 TRLCU (según redacción dada por aptdos. 3 y 4, respectivamente, del artículo único Ley 3/2014), que desde entonces sancionan como práctica desleal el incumplimiento de las disposiciones de referencia.

<sup>171</sup> Con arreglo al art. 5, aptdos. 1 y 4.a), de la Directiva serán desleales y estarán prohibidas, en particular, las prácticas comerciales que sean engañosas, regulándose en el art. 6 las «acciones engañosas» y en el art. 7 las «omisiones engañosas», que son los dos tipos contemplados de *prácticas comerciales engañosas*.

la información exacta de otras fuentes, o *que el gasto adicional que genere fuese más o menos significativo*<sup>172</sup>.

Sobre esto último, recordemos que, en sede de cláusulas abusivas, donde a nivel nacional se asimilan legalmente las estipulaciones no negociadas individualmente y las *prácticas no consentidas expresamente*<sup>173</sup>, el criterio del Tribunal de Justicia, seguido por nuestro Tribunal Supremo, es que puede haber un «desequilibrio importante» *ex art. 3.1 Directiva 93/13 (y art. 82.1 TRLCU)* aunque los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula predispuesta e impuesta, no tengan una incidencia económica importante para aquel en relación con el importe de la operación objeto del contrato, pues la importancia del desequilibrio puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica que el Derecho nacional atribuye a ese consumidor en cuanto parte contratante, ya sea en forma de restricción del contenido de derechos que, según las normas nacionales aplicables, le confiere el contrato en cuestión, o de imposición de obligaciones adicionales no previstas por dichas normas (Sentencia *Constructora Principado*, aptdos. 22 y 23; STS 12.3.2014, FJ 5.º).

Recordemos también el énfasis puesto por la jurisprudencia europea y nacional sobre las exigencias de transparencia de las cláusulas predispuestas, que no se reduce al carácter claro y comprensible formal, revistiendo una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y sus consecuencias, así como que el contrato exponga de manera transparente su alcance y motivación, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, los efectos de su operatividad en el desarrollo del contrato<sup>174</sup>; idea de comprensibilidad real que en nuestro país se relaciona

<sup>172</sup> STJ 16.4.2015, *UPC Magyarország*, C-388/13, aptdos. 41-48, 54, 58 y 60.

<sup>173</sup> En efecto, el TRLCU clarificó, en materia contractual, «*la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador*» (Preámbulo, II), asimilación que consta en art. 82.1 al disponer que «*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente (...)*». Al respecto, comentar que en la tramitación parlamentaria que alumbraría la Ley 3/2014, se propuso suprimir de dicho precepto la expresión «no consentidas expresamente» a la hora de calificar las prácticas que causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, así como definir qué se entiende por práctica abusiva, «*todo ello para mejorar los derechos de los consumidores y usuario*», según se justificaba la enmienda n.º 21 presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, enmienda que, de haber prosperado, hubiera supuesto la adición de un pfo. 2.º al art. 82.1 TRLCU del siguiente tenor: «*Se entiende como práctica abusiva todo comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional exigible, derive esta de la normativa específica o sectorial o de las prácticas y usos comerciales aplicables*» (vid. *BOCG*, Congreso, Serie A. Núm. 71-2, de 11.2.2014, pp. 16 y 17).

<sup>174</sup> Sentencia *Invitel*, aptdos. 27-30; Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdos. 44 y 49; Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 25; Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 72 y 73; Sentencia *Matei*, aptdo. 74; Sentencia *Van Hove*, aptdo. 41.

con las prestaciones principales, donde la exigencia de transparencia tendría por objeto que el adherente pudiera conocer la carga jurídica y económica que en conjunto el contrato supone para él <sup>175</sup>.

Por tanto, la repercusión de gastos omitida en la oferta inicial constituye una práctica desleal, igualmente cuando la información ofrecida al respecto sea poco clara (tanto la falta como la opacidad informativa en la oferta comercial suponen una omisión engañosa), en cuyo caso, de trasladarse finalmente al contrato B2C por cláusula predispuesta, habrá que analizar su carácter abusivo vía contenido y transparencia, pues con independencia de la poca o mucha trascendencia económica que conlleve los gastos impuestos (la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere una importancia cuantitativa para el consumidor por comparación con el coste global), la incidencia sobre el precio es evidente, de manera que su falta de transparencia impide apreciar *a priori* el coste total de la operación, en contra de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 60.2.c) TRLCU y, específicamente para la compraventa de viviendas, en el art. 6.1 RD 515/1989 <sup>176</sup>.

El mencionado art. 60.2.c) TRLCU no descarta que haya gastos que se repercutan al consumidor, siempre que se le informe convenientemente del precio total, desglosando, en su caso, el importe de dichos gastos. Por su parte, el art. 60 bis TRLCU regula los pagos adicionales <sup>177</sup>. La cuestión es, como antes se apuntó, que cuando se contrata por adhesión, el pago de dichos gastos no se negocia, sino que se impone al consumidor, de ahí la preocupación del legislador por evitar que mediante cláusulas no negociadas se trasladen a aquel *gastos que legalmente corresponden al profesional*, ya sea por resultar necesarios para el adecuado cumplimiento de la prestación comprometida, ya porque expresamente venga así establecido.

A esta idea responde la previsión del art. 89.3 TRLCU, que considera abusiva la cláusula que imponga al consumidor, en general, «los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario», y particularmente, en la compraventa de viviendas, una lista de gastos heredada del

---

<sup>175</sup> SSTs 18.6.2012, FJ 4.º, pto. 3; 11.4.2013, FJ 2.º, pto. 3; 9.5.2013, aptdo. 210; 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 8; 24.3.2015, FJ 3.º, pto. 3; 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3.

<sup>176</sup> El art. 60.2.c) TRLCU dispone, con carácter general, la relevancia de informar previamente al consumidor sobre el precio total, y el art. 6.1 RD 515/1989 establece, en sede específica sobre información a suministrar en la compraventa de viviendas, que dicha información será especialmente detallada y clara en cuanto al precio total de la venta.

<sup>177</sup> Introducido por Ley 3/2014, establece que antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el profesional deberá obtener su consentimiento expreso para los pagos adicionales a la remuneración acordada para la obligación principal del empresario, comunicándolos de forma clara y comprensible, debiendo realizarse su aceptación sobre la base de opción de inclusión.

ordinal 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU tras reforma por LMPC, que partiendo del primigenio supuesto (gastos preparatorios de la titulación) reforzó la protección de los adquirentes «*al precisar el carácter abusivo de las cláusulas que les trasladen gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es el vendedor, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda, tales como enganche del suministro de agua, alcan-tarillado, etc., con el fin de evitar prácticas desleales que trasladan dichos gastos al consumidor por cláusulas no negociadas*»<sup>178</sup>.

Se advierte que aunque tratemos los supuestos de abusividad previstos en las letras a)-d) del art. 89.3 TRLCU dentro de los contratos de compraventa de vivienda, puede haber cláusulas de contratos de préstamo hipotecario que sean subsumibles en tales supuestos, porque la especificidad de ese elenco se refiere a la compraventa de vivienda –no al contrato de compraventa en sí–, y «*la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición*», como dijo la STS 23.12.2015 (FJ 5.º) al considerar subsumibles en dicha norma las cláusulas de préstamos hipotecarios financiadores de adquisición de vivienda, que cargan en exclusiva al consumidor con gastos derivados de concertar tales préstamos (remitimos sobre el particular al epígrafe 4.4.5 de esta obra).

## B) GASTOS TRIBUTARIOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA PLUSVALÍA MUNICIPAL

Conforme al principio de libertad de pactos consagrado en el art. 1255 CC, sería lícito el acuerdo contractual por el que una de las partes asume el coste de obligaciones tributarias que, según la normativa fiscal, corresponden a la otra parte. Pero una cosa es la validez de tal pacto con carácter general, que en ningún caso puede alterar la posición del sujeto pasivo ante la Administración<sup>179</sup>, y otra distinta su posible nulidad a la luz de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores.

<sup>178</sup> Según reza la EM (VI) de la LMPC, que amplió los supuestos de abusividad del ordinal 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU, cuyo elenco pasó así al art. 89.3 TRLCU. Señala GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, 2009, «Art. 89», p. 1120) que este precepto mezcla cláusulas y prácticas «quizá porque, si bien la mayoría de los supuestos que enumera pueden ser efectivamente objeto de una estipulación predispuesta, en ocasiones el resultado abusivo deriva simplemente de un comportamiento desleal en la fase de ejecución del contrato; supeditando, por ejemplo, el otorgamiento de escritura pública al pago de nuevos gastos que sorpresivamente se añaden al precio final».

<sup>179</sup> Como establece el art. 17.5 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), «los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, *sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas*». El sujeto pasivo, por tanto, seguirá siendo el mismo, cumpliendo su obligación tributaria con el abono del otro contratante. Téngase además presente que el art. 33.1 del Reglamento General de

En este sentido, el RD 515/1989, aplicable como sabemos a la oferta, promoción y publicidad para la venta de viviendas B2C, exige que se facilite información en cuanto al pago de toda clase de tributos (art. 5.3), pues el consumidor ha de tomar su decisión de comprar con pleno conocimiento de la carga fiscal, por tanto del coste total, de la operación, lo que supone conocer los impuestos que le corresponden (art. 6.1), debiendo reflejarse en el documento contractual de forma clara y comprensible (art. 10). Por su parte, el TRLCU establece, con carácter general, el deber del profesional de facilitar de la misma forma al consumidor información previa sobre «el precio total, incluidos todos los impuestos» (art. 60.1.c, lo que igualmente ha de constar en la oferta comercial so pena de incurrir en omisión engañosa, según art. 20, aptdos. 1.c y 2), y con carácter específico para la contratación con cláusulas no negociadas individualmente, que han de cumplir los requisitos de transparencia *ex art. 80.1*<sup>180</sup>, la abusividad de la estipulación que en la compraventa de viviendas «imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario» (art. 89.3.c).

Por tanto, con independencia de que pueda haber una alteración sorpresiva del precio por falta de transparencia acerca de los tributos, incluso los correspondientes *per se* al adquirente *ergo* cláusulas de contenido lícito, el legislador reputa nulas las que contengan la obligación por parte del consumidor de costear los impuestos que por ley competen al profesional vendedor<sup>181</sup>, según arts. 83 y 89.3.c) TRCLU. Nótese que este último habla de «sujeto pasivo» –quien debe cumplir la obligación tributaria principal, que es la tiene por objeto el pago de la cuota tributaria<sup>182</sup>, y las obligaciones

---

Recaudación, aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio, señala que el pago de las deudas tributarias puede ser efectuado por «cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, y a lo conozca o lo apruebe, ya lo ignore el obligado al pago».

<sup>180</sup> Aunque tal precepto recoge unos requisitos coincidentes con los del art. 7 LCGC, esto es, las exigencias de transparencia formal, recordemos que el TS sitúa la *sedes materiae* de la transparencia sustancial –que, a diferencia del TJ, restringe al clausulado principal– en las letras a) y b) del art. 80.1 TRLCU: *vid.* STS 9.5.2013, aptdos. 209 y 210, así como la crítica que al respecto hicimos *supra* en epígrafe 2.4.2. C.

<sup>181</sup> Tales cláusulas serían nulas por su contenido abusivo, por muy transparentes que fueran. De entenderse clausulado principal (en tanto que atinentes al precio), podrían ser además nulas por falta de transparencia cualificada –según el criterio del TS–. En cambio, si recogen tributos cuyo pago compete legalmente al adquirente no habría abusividad de contenido pero ¿podrían considerarse ilícitas en caso de no respetar las exigencias de dicha transparencia? La cuestión tiene que ver con entender que dichas cláusulas sean declarativas, excluidas pues indudablemente de control de contenido, y que a pesar de ello se sometan a control de transparencia y sus consecuencias; mas la respuesta sería inocua en cuanto al resultado para el comprador, pues en todo caso tendría que cumplir lo que por ley imperativamente le corresponde, salvo hipótesis de ineficacia total del contrato.

<sup>182</sup> Según dispone el art. 19 LGT. En este sentido, el sujeto pasivo cumplirá esa obligación, consistente en que la Administración cobre el tributo, bien como responsable último del impuesto o como contribuyente, de ahí que el art. 36.1 LGT advierta que, salvo disposición contraria de la ley de cada tributo, «no perderá la condición de sujeto pasivo quien deba repercutir la cuota tributaria a otros obligados».

formales inherentes—, que no siempre es *contribuyente* (lo será cuando soporte la carga económica del tributo); por ejemplo, en el IVA sujeto pasivo es el profesional que entrega el bien o presta el servicio, contribuyendo el consumidor al soportar el importe del impuesto que aquel está obligado a repercutirle<sup>183</sup>.

Se hace pues preciso distinguir los tributos que legalmente pesan sobre una y otra parte en la compraventa de vivienda. Tratándose de *primera transmisión*, la que se adquiere pues al promotor, el comprador habrá de pagar el IVA que grava la primera entrega<sup>184</sup> y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, AJD) por la formalización de la compraventa en escritura pública —no confundir con los aranceles notariales— en tanto que adquirente del bien<sup>185</sup>; el promotor vendedor, antes de esa titulación y de hecho para prepararla, tendrá que realizar la declaración de obra nueva y la división horizontal, abonando AJD por su documentación notarial en tanto que es quien las insta<sup>186</sup>, circunstancias que afectan a la descripción catastral del inmueble (alta/modificación) y por ende objeto de declaración ante el Catastro Inmobiliario por su titular<sup>187</sup>, declaración que tendrá efectividad en el devengo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (en adelante, IBI) inmediatamente posterior al momento en que produzca efectos catastrales<sup>188</sup>. Respecto a la constitución del préstamo hipotecario destinado a financiar la construcción, su escritura pública está sujeta a AJD, cuyo pago corresponde al promotor en tanto que prestatario<sup>189</sup>, pago del que está exenta la cancelación de la hipoteca<sup>190</sup>, por lo que al respecto no hay posible carga de coste tributario al consumidor, aunque sí eventual traslación de otros costes como los notariales y la comisión bancaria de cancelación vía

<sup>183</sup> Arts. 84.1.º y 88.1 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, LIVA).

<sup>184</sup> Arts. 4.1, 20.1.22.ºA (que diferencia la primera entrega, considerando como tal «*la realizada por el promotor que tenga por objeto una edificación cuya construcción o rehabilitación esté terminada*», y las ulteriores entregas de edificaciones, exentas de IVA) y 88.1 LIVA. En caso de pagos anticipados, cada uno de ellos debe llevar su cuota de IVA, sin que sea posible repercutir el importe íntegro del IVA como si la compraventa se hubiera consumado definitivamente, pues los compradores tan solo están obligados a satisfacer el impuesto correspondiente a las cantidades que efectivamente hubieran abonado (STS 10.2.1998, FJ 1.º).

<sup>185</sup> Arts. 28 y 29 Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre (en adelante, TRLITPAJD).

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> Arts. 13.1 y 16.2.a) y c) Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RD-Leg. 1/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLCI).

<sup>188</sup> Art. 75.3 Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDLeg. 2/2004, de 5 de marzo (en adelante, TRLHL).

<sup>189</sup> Art. 68 Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RD 828/1995, de 29 de mayo (en adelante, RITPAJD), cuyo pfo. 2.º aclara lo dispuesto en art. 29 TRLITPAJD, reproducido en pfo. 1.º

<sup>190</sup> Art. 45. I. B.18 TRLITPAJD.

penalización impuesta al comprador que no se subrogue –de haber subrogación, no estaría sujeta a AJD<sup>191</sup>–, supuestos de abusividad bajo las letras a) y b) del art. 89.3 TRLCU que analizaremos más adelante.

Tratándose de *ulterior transmisión*, presupuesto que no sea un particular sino un entidad crediticia, filial inmobiliaria o SGA quien venda (a efectos de constituir la relación B2C necesaria para la aplicación de la legislación tuitiva de consumo)<sup>192</sup>, el consumidor pagará Transmisiones Patrimoniales ante la entrega onerosa de un bien exenta de IVA<sup>193</sup>, siendo él quien lo adquiere<sup>194</sup>, razón que también le lleva de pagar AJD por la elevación a público de la compraventa<sup>195</sup>. Siendo una entidad financiera quien venda, o su filial o SGA a la que haya transferido la vivienda previamente adjudicada, el promotor habrá declarado en su día la obra nueva y la división, y sobre la vivienda ya no debería pesar carga hipotecaria<sup>196</sup>.

---

<sup>191</sup> Pues, al no producir inscripción distinta de la que origina la propia transmisión del inmueble, no verifica los requisitos del art. 31.2 TRLITPAJD. Téngase presente que hablamos de subrogación de deudor (promotor a consumidor), que se instrumentaliza junto a la venta (escritura de *compraventa con subrogación*, donde la operación de compraventa documentada sí conlleva pago de AJD, como vimos antes y veremos a continuación en segunda o ulterior transmisión); cosa distinta es la subrogación de acreedor, que en este contexto pudiera darse si el comprador, una vez asumida la posición del promotor prestatario y convertido pues en el nuevo deudor de la entidad prestamista, subrogara después a otra entidad en el préstamo hipotecario concedido por aquella, produciendo el otorgamiento de la escritura de subrogación (esta sí independiente) la extinción de un crédito para la primera entidad y el nacimiento de otro para la nueva, en tanto que la deuda persiste para la parte prestataria, que deja de ser deudora respecto de la primera entidad para serlo de la nueva. Esta subrogación de acreedor es posible según Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (en adelante, LSMPH), siempre que cumpla los requisitos del art. 2, y su operación escriturada está sujeta pero exenta de AJD, conforme al art. 45. I. C.24.<sup>8</sup> TRLITPAJD en relación con art. 7 LSMPH.

<sup>192</sup> Como explicamos *supra* (epígrafe 4.1), se trata de casos en que se ponen en el mercado viviendas adquiridas al promotor o a un particular, vía daciones o adjudicaciones en ejecución, por impago de sus respectivos préstamos hipotecarios.

<sup>193</sup> El art. 7.5 TRLITPAJD, tras sentar la regla general de que el concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas»(TPO) se aplica cuando quien transmite es un particular (recordemos que partimos de la base de que el vendedor sea profesional), prevé como excepción que quedarán sujetas a dicho concepto impositivo las entregas de bienes inmuebles cuando gocen de exención en el IVA, tal es el caso que nos ocupa, pues según el art. 20.1.22.ºA) LIVA están exentas «*las segundas y ulteriores entregas de edificaciones*». Téngase presente que el art. 20.2 LIVA contempla la posibilidad de que el sujeto pasivo (profesional transmitente) renuncie a dicha exención –con lo que la segunda o ulterior entrega sí tributaría por IVA *ergo* no por TPO–, pero ello solo *cuando el adquirente sea un profesional* que tenga derecho a la deducción del IVA soportado al realizar la adquisición o en función del destino previsible del inmueble adquirido.

<sup>194</sup> Arts. 7.1. A) y 8.a) TRLITPAJD.

<sup>195</sup> Arts. 28 y 29 TRLITPAJD. Aquí no hay cambio entre primera y segunda transmisión: es el adquirente quien paga el impuesto que grava la plasmación de la operación en escritura pública.

<sup>196</sup> Adquirida la vivienda en ejecución hipotecaria, «el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la *cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución*» (art. 134 LH).

Ya estemos en primera o ulterior transmisión, incumbe el pago del: i) IBI a quien resulte propietario al inicio de cada año natural<sup>197</sup> luego recaerá en el vendedor el correspondiente al ejercicio del año en que se formalice la compraventa<sup>198</sup>; ii) Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, más conocido como *plusvalía*, al transmitente<sup>199</sup>, vendedor en este caso, que es quien obtiene el beneficio derivado del incremento de valor que experimenta el inmueble por la diferencia entre el precio de adquisición y su posterior transmisión. Téngase presente, a efectos de calcular la base imponible de la plusvalía, que este impuesto no se devengará con ocasión de las transmisiones de inmuebles a la SAREB (como antes vimos, la SGA creada por el FROB para la banca rescatada) ni de las realizadas en su ámbito interno<sup>200</sup>; por tanto, cuando en este contexto se vendiera finalmente la vivienda a consumidor, la base imponible se calculará atendiendo al momento en que se la adjudicó la entidad crediticia (que la transfiere a la SAREB) como *dies a quo* del cómputo, que no se entenderá interrumpido con las transmisiones intermedias<sup>201</sup>.

Precisamente la *cuantía* del impuesto de plusvalía fue una de las claves utilizadas por los tribunales para negar la abusividad de la cláusula traslativa de su pago al consumidor, cuando se contenía en contratos celebrados antes de que la LMPC (diciembre 2006) la hiciera inviable al incorporar al ordinal 22 DA 1.ª LCU la previsión que en idénticos términos hoy recoge el art. 89.3.c) TRLCU. A falta de una sanción expresa aplicable a la imposición del pago de tributos, había divergencias interpretativas sobre el carácter abusivo de la repercusión de la plusvalía, siendo mayoritarios los pronunciamientos judiciales

<sup>197</sup> Arts. 61.1, 63.1 y 75.1 y 2 TRLHL. La base imponible del IBI estará constituida (art. 65) por el valor catastral del inmueble, que se determinará conforme a lo dispuesto en las normas reguladoras del Catastro Inmobiliario.

<sup>198</sup> Así, acerca de la abusividad de la cláusula que traslade dicha obligación fiscal a los compradores, la Secc. 6.ª AP Valencia, en sentencias de 9.12.2008, FJ 1.º, y de 4.11.2011, FJ 2.º, con cita a la anterior.

<sup>199</sup> Así lo dispone el art. 106.1.b) TRLHL, para las transmisiones de terrenos a título oneroso.

<sup>200</sup> En efecto, según el art. 104.4 TRLHL que no se producirá el devengo por la transmisión realizada: i) por la entidad crediticia correspondiente a la SAREB; ii) por la SAREB a las entidades participadas o controladas mayoritariamente por la misma; iii) por la SAREB o entidades constituidas por esta para cumplir con su objeto, a los Fondos de Activos Bancarios –FAB–; iv) entre los propios FAB.

<sup>201</sup> El propio art. 104.4 TRLHL dispone en su último párrafo que «en la posterior transmisión de los inmuebles se entenderá que el número de años a lo largo de los cuales se ha puesto de manifiesto el incremento de valor de los terrenos no se ha interrumpido por causa de la transmisión derivada de las operaciones previstas en este apartado». Señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLIVA, A. («La crisis de la plusvalía municipal: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias», en *www.elderecho.com*, 1.6.2013), respecto a la SAREB, que «la plusvalía, cuando se devengue, una vez que se deshaga del correspondiente inmueble, podrá beneficiarse, si bien una sola vez, de todo el período de cómputo. Solo el futuro dirá si cuando se puedan producir tales devengos, para los que probablemente transcurran bastantes años, el impuesto seguirá siendo parte del sistema tributario local».

que lo negaban, argumentando la inexistencia de un «desequilibrio importante» por la *escasez de su importe en comparación con el precio de la vivienda contractualmente fijado*<sup>202</sup>. A pesar de que la STS 25.11.2011 determinó la abusividad conforme a la legislación de consumidores vigente al tiempo de dichos contratos<sup>203</sup> (unificando los diversos criterios de las AAPP<sup>204</sup>), sobre la base de una falta de información al comprador del devengo del impuesto y de la inexistencia de una contraprestación a cargo del vendedor (FJ 3.º), tal sentencia no consiguió atajar las referidas divergencias, máxime cuando el propio Tribunal Supremo, a través de nota de prensa emitida por su Oficina de Comunicación en fecha 4.4.2012, vino a rebajar los ánimos victoriosos de las asociaciones de consumidores<sup>205</sup>; aclaración del Alto Tribunal que sirvió a algunos magistrados para seguir defendiendo la licitud de la controvertida cláusula<sup>206</sup>, así como el sostenimiento de un criterio de desequilibrio cuantitativo<sup>207</sup>.

Esta situación llevó a la AP Asturias, Sección 1.ª de Oviedo, a plantear, vía Auto de 7.5.2012, cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia para que este se pronunciara sobre si el «desequilibrio importante», que tanto la normativa española (art. 82.1 TRLCU) como la europea (art. 3.1 Directiva 93/13) exigen para que la cláusula impuesta pueda considerarse abusiva, debe interpretarse en el sentido de que requiere una incidencia económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación. Enmarcado el asunto en dos cláusulas controvertidas, que repercutían al consumidor el pago de la plusvalía y de gastos por alta individualizada en los suministros generales de la vivienda, el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Constructora Principado* rechaza la interpretación cuantitativa del desequilibrio, que puede ser importante pese a no haber gravedad económica para el comprador de la vivienda (aptdos. 22 y 23).

<sup>202</sup> I.a., SAP Murcia 15.12.2004, FJ 2.º; SAP Cantabria 25.4.2006, FJ 2.º; SAP Valencia 3.6.2009, FJ 2.º

<sup>203</sup> El marco normativo venía dado por lo dispuesto en el pfo. 1.º del aptdo. 1 del art. 10 bis LCU, redactado por la LCGC, esto es, la cláusula general de abusividad.

<sup>204</sup> En los siguientes términos (FJ 4.º): «1. *El pacto incorporado a un contrato de compraventa por el que se establece la obligación de pago del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana a cargo del comprador queda sujeto al control de validez con arreglo a la legislación de consumidores entonces vigente; y, 2. La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios no puede ser aplicada con carácter retroactivo.*»

<sup>205</sup> Para más detalle *vid.* MORENO SERRANO, B., «Tributos. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Transmisión de vivienda. Obligado tributario. Comentario a la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014: Europa da la razón al comprador que asumió el pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en *La Administración Práctica*, n.º 4/2014, versión electrónica, BIB 2014\1561, pp. 11 y 12.

<sup>206</sup> Así, con cita expresa a la referida nota de prensa, las SSAP Asturias, Secc. 7.ª de Gijón, de 10 de mayo (FFJJ 2.º y 3.º) y 30 de noviembre de 2012 (FFJJ 3.º y 4.º).

<sup>207</sup> V.g., SAP Asturias, Secc. 6.ª de Oviedo, 27.7.2012, FJ 3.º, negando en consecuencia la existencia de un desequilibrio importante al comparar el importe del impuesto y el total de la operación de venta.

Aclarado por el Tribunal de Justicia el criterio cualitativo de ese elemento *ex art. 3.1 Directiva 93/13* (lo cual es aplicable a todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C), deja en manos del juzgador español la comprobación de si: i) la cláusula de repercusión tributaria impone al consumidor una obligación adicional no prevista por las normas del Derecho nacional que constituya una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que se encuentra el consumidor, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables; ii) la información recibida por el consumidor antes de la celebración del contrato se ajustaba a las exigencias derivadas del art. 5 Directiva 93/13<sup>208</sup>. Además, el Tribunal de Justicia pone en valor dos circunstancias: por un lado, el desconocimiento del importe del impuesto al celebrarse el contrato, pues la plusvalía se liquida *a posteriori* por la administración municipal, «*lo que, de ser así, implicaría una incertidumbre del consumidor sobre el alcance del compromiso asumido*»<sup>209</sup>; por otro, que la mención en la cláusula de que la asunción del impuesto por el comprador se ha tenido en cuenta al determinar el precio de venta no puede por sí sola constituir la prueba de una contrapartida de la que se haya beneficiado el comprador<sup>210</sup>.

Una vez resuelta la cuestión prejudicial, la AP Asturias, esta vez la Sección 4.<sup>a</sup> de Oviedo, a la cual se remitió el recurso<sup>211</sup> turnado inicialmente a la Secc. 1.<sup>a</sup> (que formuló dicha cuestión), dictó sentencia el 18.2.2014 siguiendo los criterios proporcionados por el Tribunal de Justicia para decidir sobre la abusividad de la cláusula de repercusión de la plusvalía. Poniendo de relieve su carácter no negociado, pues resulta difícil asumir la existencia de una negociación, que implica

<sup>208</sup> Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 27.

<sup>209</sup> Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 26. La indefensión del comprador frente a la determinación de la cuota tributaria ya fue apuntada por ESPINA FERNÁNDEZ, S. («La exigencia del pago del Impuesto Municipal sobre la plusvalía a los compradores de vivienda como cláusula abusiva», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 15/2005, Pamplona, versión electrónica, BIB 2005\2335, pp. 6 y 7): «se vislumbra el desequilibrio de la posición del consumidor que paga el importe del impuesto «a ciegas», esto es, debiendo aceptar como acto de fe que el impuesto ha sido correctamente liquidado y la del empresario vendedor que es el sujeto pasivo y que, además, dispone o puede disponer de los medios precisos para verificar la corrección de su importe y que, sin embargo, no resulta estimulado a efectuar dicha tarea, ya que trasladará la totalidad de la carga impositiva a los compradores».

<sup>210</sup> Como señala la Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 29, «*para garantizar la eficacia del control de las cláusulas abusivas, la prueba de una reducción del precio como contrapartida de la aceptación por el consumidor de obligaciones adicionales no puede aportarse mediante la inclusión por el profesional de una mera afirmación a ese efecto en una cláusula contractual que no haya sido negociada individualmente*». Citando expresamente dicho aptdo., la SAP Asturias, Secc. 1.<sup>a</sup> de Oviedo, 21.4.2014, FJ 3.º, rechaza la eficacia del argumento sugerido por el vendedor de que la repercusión sobre los compradores del impuesto de plusvalía tuvo como contrapartida una correlativa disminución en el precio de venta.

<sup>211</sup> El 21.11.2013 se acordó dicha remisión en virtud de acuerdo tomado por la Sala de Gobierno de este territorio de fecha 24.7.2013, ratificado por el de la Comisión Permanente del CGPJ de 13.8.2013.

un intercambio de prestaciones, dado que difícilmente el vendedor podía ofertar algo a cambio cuando desconoce el importe de la carga impositiva, la sentencia entiende que la cláusula genera un desequilibrio importante, puesto que carga al comprador con una obligación adicional, cual es tener de satisfacer un impuesto que legalmente debe atender el dueño del terreno, que es quien se beneficia tanto de lo que obtiene con la compraventa del inmueble como del incremento del valor del terreno. Añade la sentencia que de mantener la repercusión de tal incremento se estaría potenciando un *enriquecimiento injusto* en el vendedor, quien al tiempo que ve revalorizada la finca de su propiedad proyecta en un tercero el pago de los impuestos que gravan esa revalorización<sup>212</sup>.

Mención aparte merece la posible contravención del impuesto de plusvalía al principio de capacidad económica *ex art. 31.1 CE*, en caso de gravar el valor de incrementos ficticios. Esta hipótesis nos sitúa en un plano distinto al de la eventual abusividad contractual –aunque puede tener conexión si el afectado es consumidor–, concretamente en el del cuestionamiento de inconstitucionalidad de las propias normas reguladoras de dicho impuesto (arts. 104-110 TRLHL), en la medida en que no prevén excluir del tributo a situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor. Y es que al establecer (concretamente el art. 107 TRLHL) una regla de valoración que permite cuantificar en su integridad la base imponible a través de un método objetivo, el impuesto no somete a tributación una plusvalía real sino una plusvalía cuantificada de forma objetiva, cálculo –ciego a la realidad del incremento de valor<sup>213</sup>– que además no admite prueba en contrario (art. 110.4 TRLHL).

Consideraciones como estas llevaron al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales y nulos, únicamente en la medida antes apuntada, los arts. 4.1, 4.2.a), y 7.4 de la *Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Gipuzkoa*, y de la *Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Álava*, en las plenarios SSTC 16.2.2017 y 1.3.2017, respectivamente; disposiciones forales cuya regulación se corresponde con la de los arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4 TRLHL, preceptos estatales que si bien entonces se salvaron de ser examinados por no ser aplicables al proceso *a quo*<sup>214</sup>, terminaron siendo declarados inconstitucionales y nulos por la plenaria

<sup>212</sup> SAP Asturias, Secc. 4.ª de Oviedo, FFJJ 2.º y 3.º

<sup>213</sup> Como lo califica el Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias, CHAVES GARCÍA, J. R., «Sentencia del Constitucional: no valía el cálculo de la plusvalía», en *delJusticia.com*, 17.2.2017.

<sup>214</sup> STC 16.2.2017, FJ 1.º; STC 1.3.2017, FJ 1.º

STC 11.5.2017, que extendió a ellos la misma conclusión alcanzada en aquellas otras sentencias<sup>215</sup>, abriéndose por tanto la puerta a reclamar en supuestos en que, existiendo una pérdida de valor derivada de la crisis inmobiliaria o incluso una ganancia solo aparente causa de la inflación, se viniera aún así obligado a pagar el impuesto como consecuencia de esa regulación<sup>216</sup>.

Hechas estas observaciones específicas de la plusvalía, cabe concluir realizando unas generales aplicables a cuanto hemos comentado en este epígrafe. Como es de ver de lo expuesto en torno al carácter abusivo de la repercusión tributaria, cabe sostener la ilicitud de esta con base en la cláusula general de abusividad –con independencia de que para contratos celebrados tras la LMPC sea aplicable la previsión específica de la lista negra–, habida cuenta de que, según la Sentencia *Constructora Principado*, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor puede resultar de una lesión suficientemente grave en la situación jurídica en que el mismo se encuentra como parte del contrato, lesión que en este caso se produce al transferirle al adquirente consumidor una deuda fiscal que legalmente está a cargo del vendedor, soportando además una incertidumbre sobre el alcance de su obligación, como señala la STS 12.3.2014 (FJ 5.º) citando aquella sentencia del Tribunal de Justicia. Posteriormente, la STS 23.12.2015 –FJ 5.ºg).3– consideró nula la cláusula que imponía al consumidor el pago de tributos –que gravaban en este caso el préstamo hipotecario que financiaba la compra de vivienda, siendo sujeto pasivo el banco–, tanto por contravenir normas fiscales imperativas como por infringir el art. 89.3.c) TRL-CU, recordando, con base en la ya citada STS 25.11.2011, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión es abusiva por limitar los derechos que sobre la distribución de la carga tributaria se prevén en la legislación fiscal.

---

<sup>215</sup> Que de hecho cita la STC 11.5.2017, FJ 5.º, al precisar que el impuesto de plusvalía no es, con carácter general, contrario a la CE, sino únicamente «en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión».

<sup>216</sup> Apunta GANDARIAS GANDARIAS CEBRIÁN, L., «La plusvalía municipal y la sentencia del Tribunal Constitucional», en *Almacén de Derecho*, 20.2.2017 (<http://almacenederecho.org>), que en los casos de pago por autoliquidación en los últimos cuatro años, la vía adecuada para recuperar lo indebidamente pagado sería la solicitud de rectificación de las autoliquidaciones, ex arts. 221.4 y 120.3 LGT, en relación con los arts. 32 y 34.1.b); y en aquellos supuestos en los que se haya producido una liquidación, salvo que se haya impugnado, podría acudir a la revocación de los actos regulada en art. 219 LGT por infracción manifiesta de ley, a cuya iniciación la Administración no podría negarse (al no concurrir los presupuestos habilitantes de la revisión de actos nulos regulada en el art. 217 LGT). Fuera de estos supuestos quedaría abierta la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, pero las dificultades que para ello ofrece en términos prácticos el art. 32, aptdos. 3.a) y 4, LRJSP, hacen suponer que esta vía sea impracticable, al menos en la inmensa mayoría de los casos.

C) GASTOS RELATIVOS A LA IMPLANTACIÓN DE SERVICIOS NECESARIOS

Dispone el art. 89.3.d) TRLCU, como ya hiciera el ordinal 22 DA 1.ª LCU en su redacción dada por LMPC, que es abusiva la estipulación «*que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad*».

Su abusividad radica en trasladar al comprador gastos que son necesarios para el cumplimiento de la prestación del vendedor, puesto que si se ha contratado la entrega de una vivienda, esta ha de dotarse de los servicios precisos para que sea habitable. En efecto, servicios tales como los de agua o alcantarillado constituyen algo absolutamente esencial que forma parte de la totalidad del objeto vendido, pues resulta inconcebible que pueda venderse sin tales servicios una vivienda en cuanto producto de primera necesidad, y ello tanto para disponer de servicios de toma y salida de aguas (puras o fecales) como igualmente de su enganche a la red general de unas y otras. De la misma manera, por formar parte inseparable del propio edificio, no cabe cargar al adquirente, v.g., con la parte proporcional de las acometidas del edificio, altas de alumbrado o contadores de la vivienda, no entendiéndose posible que se entregue una vivienda sin tales servicios<sup>217</sup>.

Este tipo de cláusulas también ha merecido atención por la jurisprudencia europea. Como dijimos antes, una de las estipulaciones examinadas por la Sentencia *Constructora Principado* era, precisamente, la que imponía al consumidor el pago de las cantidades correspondientes a los gastos por alta individualizada en los distintos suministros tales como agua, gas, energía eléctrica y alcantarillado. Sin reflejo específico en la lista gris de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ofreció un criterio para determinar, conforme a la cláusula general de abusividad, la ilicitud de la estipulación controvertida: i) el juzgador ha de verificar si aquellas cantidades incluyen los gastos de conexión a instalaciones generales indispensables para asegurar la habitabilidad de una vivienda, gastos que, conforme a las normas nacionales aplicables, estarían a cargo del vendedor en virtud de su obligación contractual de entregar una vivienda conforme con su destino, esto es, en estado de habitabilidad; ii) verificado ello, le incumbe apreciar si esa cláusula, al restringir los derechos que, según las normas nacionales, el contrato confiere al consumidor, y al imponerle una obligación adicional no prevista en dichas normas, constituye una lesión suficientemente grave de la situación jurídica que el Derecho nacional atribuye

---

<sup>217</sup> SAP Asturias, Secc. 6.ª de Oviedo, 21.1.2008, FJ 3.º; SAP Cantabria 11.4.2006, FJ 5.º

a ese consumidor en cuanto parte contratante, pudiendo resultar un desequilibrio importante del solo hecho de tal lesión, esto es, con independencia de que los costes puestos a cargo del consumidor por dicha cláusula tengan o no una incidencia económica significativa para este en relación con el importe de la operación de compraventa<sup>218</sup>.

Por tanto, más allá de que a la estipulación que comentamos le sea aplicable la previsión específica de nuestra lista negra nacional, su carácter abusivo puede resultar del puro contraste con el art. 82.1 TRLCU, en la medida en que, al repercutir al consumidor gastos para acceso a suministros básicos cuya ejecución se encuadra dentro de la particular esfera obligacional del vendedor (entregar un inmueble destinado a vivienda), se restringe el derecho del consumidor a recibir adecuadamente lo comprado (vivienda habitable), imponiéndole una obligación de pago que incumbe a aquel, esto es, una obligación adicional que nuestro Derecho no contempla para el adquirente de vivienda, de ahí la gravedad de la lesión que le genera su imposición (y por ende el desequilibrio importante), abstracción hecha de la apreciación económica de ese plus que pretende cobrar el vendedor.

#### D) GASTOS PARA PREPARAR LA TITULACIÓN DE LA COMPRAVENTA

##### D.I) Delimitación con los gastos de escrituración y su posible abusividad

El primigenio art. 10.1.c) LCU establecía en su inciso 11 que no estaba permitida «*en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación, que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)*». La principal crítica doctrinal a esta previsión se centraba en la necesidad de incluir dentro de su enumeración, ya por entonces considerada como meramente ejemplificativa<sup>219</sup>, los gastos derivados de la propia formalización de la compraventa<sup>220</sup>, objeción que indujo a la interpretación conjunta de ese

<sup>218</sup> Sentencia *Constructora Principado*, aptdos. 23, 28 y 30.

<sup>219</sup> I.a., DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R./Salas Hernández, J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, p. 308; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995, p. 190.

<sup>220</sup> Por todos, BERCOVITZ, *op. cit.*, 1987, p. 257; REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Valencia, 1993, p. 98.

inciso y del art. 1455 CC<sup>221</sup> (que, como es sabido, distribuye dichos gastos imputando al vendedor los de otorgamiento de escritura y al comprador los de la primera copia y demás posteriores a la venta), buscando un enfoque más amplio que exigía que la mención a los gastos «*que por su naturaleza correspondan*» fuera interpretada en el sentido de costes preparatorios de la titulación distribuidos por ley entre las partes<sup>222</sup>.

Cinco años después de promulgarse la LCU, vio la luz el hoy aún vigente RD 515/1989, contemplando dos alusiones a esa norma *ex art. 10.1.c*), menciones por las cuales se trataría de evitar que el consumidor adquirente de vivienda tuviera que abonar unos gastos que corresponden al profesional, a cuyo fin se establecieron dos mecanismos: el primero, de carácter informativo durante la fase promocional, que obliga a tener a disposición del público información sobre la forma en que se documentará el contrato, donde se hará constar de manera legible «*que el consumidor no soportará los gastos derivados de la titulación que correspondan legalmente al vendedor*» (art. 5.4.a); el segundo, que prohíbe la inclusión en dicho contrato de cláusulas que «*impongan, en la primera venta de viviendas la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza corresponden al vendedor (obra nueva propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división o cancelación)*» (art. 10.d). A partir de entonces se entendió que ya no era preciso forzar el texto de la norma y equiparar la alusión a la naturaleza de los gastos a las prescripciones legales en materia de costes de formalización contractual, puesto que el art. 10.d) RD 515/1989 incorporaba de manera explícita la llamada a la ley, que, ante la falta de especificación, comprendería tanto las normas imperativas como el Derecho dispositivo en general<sup>223</sup>.

Más tarde, la entrada en vigor de la LCGC trajo consigo la modificación de la LCU, a la que se añadió una DA 1.<sup>a</sup>, lista de cláusulas abusivas, entre ellas, la prevista en su inciso 22, que, recogiendo esa dualidad *gastos que por ley/ por naturaleza*, estableció una regla general, cuyo objetivo era la proscripción de las cláusulas no negociadas que trasladasen al consumidor gastos de documentación y tramitación que «*por Ley imperativa corresponda al profesional*», sin necesidad de que el contrato fuera de compraventa de vivienda; y

---

<sup>221</sup> MORALEJO IMBERNON, N. I., «Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1.<sup>a</sup>V.22.<sup>a</sup> LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 1182.

<sup>222</sup> CABANILLAS, *op. cit.*, p. 190.

<sup>223</sup> MORALEJO, *op. cit.*, pp. 1172-1173, y 1183, apuntando que tal precepto ampliaba la dicción del inciso 11 *ex art. 10.1.c*) LCU, al incluir los criterios emanados de la ley sobre distribución de gastos de formalización.

una concreta manifestación de esa regla, relativa a la primera venta de viviendas, en la cual se conservaban las prescripciones del inciso 11 *ex art.* 10.1.c) LCU que prohibían al vendedor imponer al adquirente-consumidor los gastos preparatorios de la titulación que «*por su naturaleza*» correspondían a aquel.

La adjetivación «imperativa» de la ley como criterio de atribución de gastos y la enumeración de los actos cuya realización genera gastos atribuibles al vendedor según el criterio de naturaleza (obra nueva, propiedad horizontal e hipotecas), llevaba a considerar que lo sancionable era trasladar al consumidor gastos por actos en los que no intervenía, luego abusiva la repercusión de aquellos ocasionados antes de la formalización y no los de la titulación misma, porque en el otorgamiento de la escritura de compraventa participan ambas partes y porque la regla del art. 1455 CC admite «pacto en contrario» (como reza *in fine* tal precepto), de ahí que se entendiera lícito desplazarla, cargando los gastos de otorgamiento al consumidor. No obstante, en orden a considerar abusivo el desplazamiento de esa regla, parte de la doctrina apuntaba que la misma, *dispositiva* en la contratación ordinaria, se tornaría *imperativa* en el ámbito de la contratación predispuesta<sup>224</sup>.

Lo cierto es que el ordinal 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU solo reconocía, en cuanto al criterio legal de atribución, a la ley imperativa como límite al poder de predisposición empresarial, obviando así la función del Derecho dispositivo como parámetro de control de las condiciones generales<sup>225</sup>, y a la vez dejaba prácticamente vacío de contenido el supuesto de hecho de la regla general prevista en la primera parte del precepto, pues la mayoría de las normas legales que distribuyen gastos de documentación en el marco de la contratación privada son de carácter dispositivo<sup>226</sup>. La corrección vino de la mano de la LMPC, que, conservando la prohibición general de imposición al consumidor de dichos gastos, correspondientes *legalmente* al empresario, eliminó el adjetivo «imperativa» con que cualificada a la ley dicho ordinal, de manera que parecía que en el mismo ya encajaría –siendo por ende abusiva– la estipulación que cargara al consumidor con gastos que fueran atribuidos al profesional por norma

<sup>224</sup> Así, CUENCA ANAYA, F., «El Consumidor de bienes inmuebles», en *ASN*, t. VI, 1992, p. 22; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, 1992, p. 308; CABANILLAS, *op. cit.*, p. 90. En contra, por todos, MORRONGO MARTÍN, M. A., «La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas», en Botana García, G./Ruiz Muñoz, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, p. 333.

<sup>225</sup> La noción de Derecho dispositivo como parámetro de control de contenido de las condiciones generales insertas en los contratos con consumidores fue apuntada, i.a., por MIQUEL, *op. cit.*, 2002a, p. 951.

<sup>226</sup> Lo que, según MORALES (op. cit., pp. 1198-1199), vendría a excluir automáticamente del ámbito de la prohibición lo dispuesto en el art. 1455 CC.

simplemente dispositiva, como el art. 1455 CC en cuanto a los de escrituración de compraventa.

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que esa era la intención del legislador al erradicar del inciso 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU la palabra «imperativa» respecto al criterio legal de atribución, surgen dudas si tenemos presente que, al ampliar las concreciones de la prohibición general, referidas precisamente a la compraventa (desaparece la restricción de «primera venta» con la redacción dada por LMPC) de viviendas, no se incluyera en el elenco de supuestos particulares la imposición de los gastos de otorgamiento de la escritura de compraventa. Es más, tampoco se aprovechó la ocasión que brindaba el TRLCU para incluirla en la sublista del vigente art. 89.3, precepto que es reproducción exacta del ordinal 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU tras su modificación por LMPC. Esta circunstancia, unida a la dicción del art. 63.2 TRLCU<sup>227</sup>, ha llevado a sostener la validez de la cláusula que desplace la regla del art. 1455 CC, siempre que no cree, so pena de considerar abusiva tal estipulación, una indeterminación del precio final por falta de transparencia<sup>228</sup>.

Sin haber una posición uniforme al respecto<sup>229</sup>, la realidad cotidiana es que los gastos de escrituración de la compraventa de vivienda se imponen al adquirente consumidor en la práctica totalidad de los casos, sin que ello parezca merecer especial atención en sede judicial con base en la prohibición general *ex* art. 89.3 TRLCU. Si la cuestión se reconduce a examinar la validez de la cláusula que los imponga atendiendo, no a su contenido, sino al cumplimiento de las exigencias de transparencia cualificada (sobre la base de que incide en

---

<sup>227</sup> Que, en sede de confirmación documental de la contratación realizada, reza así: «*Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor; cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera*». Si bien es cierto que la compraventa se perfecciona por el mero consentimiento sobre la cosa y el precio (art. 1450 CC), cuando tiene por objeto bienes inmuebles es preciso llenar la forma exigida por el art. 1280 CC (documento público), de ahí que ambas partes puedan compelerse a elevar a escritura pública el contrato privado que hubieran celebrado.

<sup>228</sup> En esta línea, GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «La contratación inmobiliaria con consumidores» en *CESCO*, 2008 (accesible en [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)), p. 10; ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 814-815. Cuando el ordinal 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU hablaba de ley imperativa, PERTÍÑEZ (*op. cit.*, 2004, pp. 157 y 158) apuntó que no era posible considerar abusiva tal estipulación con base en dicho ordinal –lo cual cabía, a su juicio, con el originario art. 10.1.c) LCU, inciso 11–, pero sí atendiendo a la cláusula general de abusividad (art. 10 bis LCU tras la LCGC) en caso de que, por un defecto de transparencia, pasara inadvertida para el consumidor.

<sup>229</sup> Así, el notario MARIÑO PARDO, F. M. («Obligaciones del vendedor», en [www.franciscomarino-pardo.es](http://www.franciscomarino-pardo.es), 11.11.2014), indicando que la confusa redacción del art. 63.2 TRLCU ha permitido que sea invocada a favor y en contra de la posibilidad de imponer al consumidor los gastos de escrituración de la compraventa, imposición que, como regla general, prohíbe el art. 89.3 *in primis* TRLCU respecto a los gastos de documentación que, en cualquier contrato B2C, correspondan legalmente al profesional.

el precio), habría que colegir que tal imposición constituye una excepción a dicha prohibición y que, por tanto, el art. 89.3 *in primis* carece de trascendencia práctica, por lo menos en lo que respecta a los «gastos de documentación», en el ámbito de dicha compraventa. La crítica al legislador cabe en todo caso: si no pretendía ese efecto, por dejar de incluir la controvertida cláusula dentro de los supuestos particulares que desglosa aquel precepto; si lo pretendía, por no introducir una salvedad expresa a la regla general como sí hace en otros lugares de la lista negra (v.g., art. 85.3 TRLCU).

Repárese en que si es lícito desplazar la previsión (evidentemente supletoria en la contratación ordinaria, discutible en la B2C no negociada) del art. 1455 CC, lo que se estaría cargando al consumidor –de forma transparente, se entiende– es el pago del arancel notarial por la matriz de la escritura de compraventa, porque el de primera y sucesivas copias ya viene atribuido al comprador por dicho precepto (salvo pacto en contrario que, claro está, no se dará sobre este extremo), que no por el RD 1426/1989, cuya norma 6.<sup>a</sup> (Anexo II) atribuye una obligación de pago general a quien haya requerido el servicio notarial<sup>230</sup>; de hecho, tal norma no debe interpretarse en el sentido de que el consumidor es el obligado a costear tales aranceles por su facultad de elección de Notario (art. 5.4.c. RD 515/1989)<sup>231</sup>, el cual no puede serle impuesto para otorgar la escritura pública de venta, a tenor del art. 89.8 TRLCU<sup>232</sup>.

En cuanto a los gastos posteriores a la escrituración de la compraventa, cuyo otorgamiento, como es sabido, equivale a la entrega (art. 1462. II CC), ha de distinguirse entre forzosos y eventuales: los primeros son los fiscales, viniendo obligado por ley el comprador a soportar el IVA de la entrega, si es primera, o pagar TPO, si es ulterior, y ADJ por la operación escriturada de compraventa, mientras que la plusvalía corre a cargo del profesional transmitente, sin que pueda imponer su pago al consumidor (para más detalles *vid. supra* epígrafe 4.3.5. B). Los segundos son los de Registro: si bien no es obligatorio inscribir la compra de la vivienda, el adquirente resultará el primer interesado en hacerlo, de modo que, siendo la persona que presente el título de propiedad y a cuyo favor

<sup>230</sup> Dice la norma 6.<sup>a</sup> Anexo II del RD 1426/1989, de 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios (en adelante, RD 1426/1989), que «la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Los aranceles números 2 y 7 Anexo I son los correspondientes a la matriz (documento de cuantía) y sus folios; el arancel n.º 4 a las copias.

<sup>231</sup> CARRASCO PERERA, A/CORDERO LOBATO, E./GONZÁLEZ CARRASCO, C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2003, p. 497.

<sup>232</sup> Que sanciona como abusiva «la previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato».

se inscriba el derecho, tendrá que costear los correspondientes aranceles registrales, según la norma 8.<sup>a</sup> del Anexo II RD 1427/1989<sup>233</sup>.

Todos los gastos devengados antes de la titulación de la compraventa son de cuenta del vendedor, en tanto que *necesariamente incurrirá en ellos para cumplir la obligación de entrega*, cuyo pago puede competirle simplemente por ello (v.g., la implantación de servicios precisos para la habitabilidad de la vivienda y licencia de primera ocupación –*vid. supra* epígrafe 4.3.5. C–), bien porque además venga dispuesto por norma *legal* (caso de la prevista en TRLHL, respecto a la tenencia de la propiedad y el IBI; o en TRLITPAJD, sobre la formalización pública de, entre otros, el préstamo promotor, la declaración de obra nueva, la división horizontal y de la hipoteca, en relación con el impuesto de AJD –*vid. supra* epígrafe 4.3.5. B–) o *reglamentaria* (caso de las normas 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> *ex* RD 1426/1989 y RD 1427/1989, respectivamente, por requerir los servicios notariales y registrales correspondientes al otorgamiento de las escrituras antedichas y presentación de estas para su inscripción).

A los *gastos necesarios* se refiere la letra a) del art. 89.3 TRLCU con la expresión «que por su naturaleza corresponden»; en efecto, los costes preparatorios de la titulación que enumera son esenciales para llegar a efectuar la entrega de la vivienda y procurar su pacífica posesión al adquirente, de ahí que no quepa imponerlos al consumidor, respondiendo los supuestos de las restantes letras básicamente a la misma idea<sup>234</sup>. Es importante aquí recordar lo ya advertido en las consideraciones generales que hicimos sobre la repercusión de gastos (epígrafe 4.3.5. A), esto es, que aunque estamos tratando las cláusulas que los impongan en contrato de compraventa, la aplicación del art. 89.3 TRLCU –previsión general y sublista específica, en su caso– también es posible respecto de las existentes en préstamo hipotecario que financie la adquisición de vivienda; en lo que ahora nos interesa, el Tribunal Supremo consideró abusiva la cláusula que en un préstamo hipotecario tal imponía –por el banco, no vendedor– al consumidor prestatario los gastos arancelarios (Notario y Registro) derivados de su constitución –y modificación, incluyendo división, segregación o cualquier cambio que

---

<sup>233</sup> Como mínimo el arancel n.º 1 (asiento de presentación) y n.º 2 (inscripción del derecho) previstos en Anexo I RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad (en adelante, RD 1427/1989). La norma 8.<sup>a</sup> Anexo II atribuye la responsabilidad de pago a la persona o personas a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigible también a quien presente el documento, aunque en todo caso los aranceles se abonarán por el presentante que sea transmitente del derecho o que tenga interés en asegurar el derecho que se pretende inscribir; los correspondientes a certificaciones (arancel n.º 4 Anexo I) serán de cargo de quienes la soliciten.

<sup>234</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 89», p. 1124 y doctrina citada en n. 469.

supusiera alteración de la garantía, así como la cancelación de esta—, encuadrando tal estipulación en el supuesto de la letra *a) in primis*<sup>235</sup>.

A continuación analizaremos los gastos *in fine* enumerados en art. 89.3.a) TRLCU, distinguiendo los relativos al *préstamo promotor* [constitución, división y cancelación de la hipoteca, así como la subrogación *ex letra b)* del precepto] y los demás (obra nueva y propiedad horizontal), estos últimos en agrupación con otros no mencionados pero incardinables en la norma.

## D.II) Gastos relacionados con el préstamo promotor. Imposición de subrogación hipotecaria

Entre los gastos de preparación de la titulación de la compraventa que «por naturaleza» corresponden al profesional se mencionan, en art. 89.3.a) TRLCU, los de «*hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación*». La norma se refiere al supuesto del préstamo concertado por el promotor a fin de financiar la construcción de la edificación, sobre la cual se constituye una hipoteca para garantizarlo (tal préstamo hipotecario se conoce como *préstamo promotor*), prohibiéndose la repercusión al adquirente consumidor de los costes asociados a su constitución, división y cancelación [igualmente, como vimos, el art. 10.d) RD 515/1989], al tiempo que, en art. 89.3.b), se declara abusiva la imposición de subrogación o de penalizaciones en caso de no subrogarse el comprador, misma solución que sostenía la doctrina con base en los ordinales 23 y 24 DA 1.<sup>a</sup> LCU (actuales aptdos. 4 y 5 del art. 89 TRLCU) por entender que se estaría así vinculando la compraventa y el préstamo hipotecario no solicitado<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> STS 23.12.2015, FJ 5.º, h), ptos. 1 y 2. Argumenta el Alto Tribunal que, respecto a la formalización de escrituras notariales y su inscripción, tanto el arancel notarial como el de los registradores atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho, y «*quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no sólo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista*».

<sup>236</sup> CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 544, antes de que la LMPC trajera consigo la ampliación de supuestos *ex ordinal* 22 DA 1.<sup>a</sup> LCU, concretamente la letra *b)*, reproducida exactamente (tanto en orden como en contenido) por el vigente art. 89.3 TRLCU.

A diferencia de los casos de constitución, división y cancelación hipotecaria, presentes desde el primigenio art. 10.1.c) LCU, reproducidos luego en el ordinal 22 de la DA 1.<sup>a</sup> añadida por LCGC, la LMPC trajo el supuesto de imposición subrogatoria como nueva letra *b*) de dicho ordinal, quedando aquellos otros en la letra *a*). Aun separados, como actualmente siguen en las letras *a*) y *b*) del art. 89.3 TRLCU, todos se refieren al préstamo hipotecario del profesional, y a *gastos de su hipoteca* que pretende imponer al consumidor. En efecto, aunque nominalmente no rece así en la letra *b*), la abusividad de la cláusula que obliga al comprador a subrogarse radica, como dijera el Consejo de Estado vía Dictamen sobre el Anteproyecto de LMPC<sup>237</sup>, en que «supondría que este tendría que hacer frente a los gastos de la hipoteca del vendedor, incluso en condiciones más onerosas de las que podría encontrar en el mercado bancario», razón por la que se ha estimado indiferente, a los efectos de considerar abusiva dicha cláusula, que la hipoteca se destine a financiar el pago de parte del precio, o se destine tanto a financiar la construcción de la vivienda como su adquisición<sup>238</sup>.

Y es que, por mucho que el promotor haya constituido hipoteca en su puesto interés del comprador, estipulándose en el contrato de compraventa que este último se subrogará como pago –de parte– del precio de la vivienda, tal subrogación no puede serle impuesta (literalmente ni *de facto*<sup>239</sup>), pues una cosa es que la hipoteca forme parte del paquete promocional con que el profesional concurre en el mercado inmobiliario –si el préstamo hipotecario formó parte de la oferta contractual, y la subrogación no era forma de pago que se ofrecía como mera alternativa sino un auténtico compromiso obligacional del promotor que aceptara el comprador al perfeccionar el contrato, podría este resolverlo si la entidad crediticia denegase su subrogación, al haber incumplido el promotor su obligación de facilitarla, desvinculándose así aquel de una compra imposible o indeseada<sup>240</sup>–, y otra que se haga pasar como una «soliciti-

<sup>237</sup> Dictamen aprobado en sesión de fecha 9.3.2006, accesible en [www.boe.es](http://www.boe.es), referencia 186/2006 (Sanidad y Consumo).

<sup>238</sup> MARTÍNEZ ROSADO, J., «La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado», en *RDBB*, n.º 106, 2007, p. 147 (cit. por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.*, 2009, «Art. 89», p. 1126).

<sup>239</sup> Así, la cláusula que aparentemente da libertad al comprador para subrogarse o no, pero que, por el breve lapso de tiempo impuesto por el promotor para otorgar la escritura de compraventa (desde la obtención de la licencia de primera ocupación o cualquier otra fecha que señale el promotor), de hecho imponga la subrogación, al no darle al adquirente la posibilidad real de seleccionar en el mercado otro préstamo hipotecario. El ejemplo es de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda», en *Estudios sobre Consumo*, n.º 77, 2006, pp. 25-26.

<sup>240</sup> En este sentido, STS 30.12.2015, FJ 3.º, comentada por ÁLVAREZ LATA, N. «Actual configuración de las cláusulas de subrogación en el préstamo hipotecario. Comentario a la STS de 30 de diciembre 2015», en *CCJC*, n.º 103, 2017, pp. 15-36.

tud de gestión» lo que en realidad fuera un ardid infractor de derechos de los adquirentes, intentando aparentar el promotor que no tiene interés en el asunto y que le hace un favor a aquellos. En efecto, el momento en que el adquirente puede y debe decidir si le interesa concertar un préstamo hipotecario para pago del total precio es en el momento de hacerlo efectivo, ordinariamente cuando se otorga la escritura pública, de ahí que la asunción de cualquier obligación con anterioridad a ese momento contraviene la lógica negocial y solo se explica porque se haya impuesto por el vendedor, «*En otras palabras, no tiene sentido que el comprador limite sus propios derechos pidiendo al vendedor que concierte él la hipoteca por un importe previamente establecido y sin ninguna otra condición (tipo de interés, años, cuota, etc.) cuando en nada le beneficia, pudiendo hacerlo después él con plena libertad, en el momento de firmar la escritura de compra*»<sup>241</sup>.

Para que la cláusula subrogatoria no sea abusiva debe configurarse como *opción*, que ha de ejercitarse en el momento de la entrega<sup>242</sup>, a la que equivale el otorgamiento de la escritura de compraventa, según art. 1462. II CC. Siendo así, de optar por subrogarse y consintiendo la entidad prestamista la subrogación del comprador en la obligación personal del promotor que deriva del crédito<sup>243</sup>, el adquirente asumirá como nuevo prestatario el pago de intereses del préstamo hipotecario desde la fecha de aquel otorgamiento por coincidir con la de subrogación; consecuentemente, será abusiva la repercusión de los devengados con anterioridad a dicho momento<sup>244</sup>. Téngase además presente que

<sup>241</sup> SAP Murcia, 17.1.2008, FJ 4.º

<sup>242</sup> Pues, como dice GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. ult. cit.*, p. 1126), es el momento en que el comprador estará en situación de valorar si le conviene o no subrogarse.

<sup>243</sup> Como es sabido, mientras el derecho real de hipoteca constituye una obligación *propter rem* y, por tanto, sigue al inmueble con independencia de quién resulte ser el titular dominical del mismo, la obligación personal asumida por el promotor no disfruta de la misma consideración, requiriendo el *consentimiento del acreedor* –entidad crediticia– la subrogación del comprador en dicha obligación personal para que el vendedor quede desligado de la misma, según prevé el art. 118. I LH; por tanto, como advierte ESTEBAN RIBERO, J. S. («La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor», en *www.elderecho.com*, 1.10.2014), en el supuesto de que el comprador solo se subroga respecto de la carga real de hipoteca y no sobre la obligación personal del promotor, será este el obligado a continuar cumpliendo con sus obligaciones de pago al acreedor (prestamista), de forma tal que se podría llegar a la paradoja de que la vivienda adquirida por el comprador, subrogado en la hipoteca, tuviera que llegar a responder por la falta de pago del promotor de alguna de las cuotas correspondientes a la financiación obtenida. Un recorrido sobre la no aceptación de la entidad prestamista como causa resolutoria de la compraventa puede verse en ÁLVAREZ LATA, N., antes de la STS 30.12.2015, en «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 4/2012, pp. 99-117; y, tras dicha sentencia, en *op. cit.*, 2017.

<sup>244</sup> Entre otras, SAP Cantabria 11.4.2006, FJ 3.º; SAP Madrid, 18.9.2007, FJ 3.º En la doctrina, por todos, SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 232.

en la venta de viviendas hipotecadas con subrogación de los compradores, el art. 6.1.4.º RD 515/1989 exige al promotor que ponga a disposición del público una nota explicativa que indique con claridad «*el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades*»; y es que, cuando la subrogación prevista en el contrato no venga impuesta, será también necesario que el consumidor tenga cumplida información de todos los extremos referidos al préstamo hipotecario en que se subroga así como de los costes asociados y consecuencias económicas de la operación<sup>245</sup>.

Aunque el préstamo hipotecario concertado por el promotor lo haya sido para financiar tanto la construcción de las viviendas como su adquisición por los compradores, es claro que, incluso subrogándose, no se podrá repercutir al adquirente los *gastos de constitución* de la hipoteca correspondientes a la parte destinada a la financiación de la construcción<sup>246</sup>, ni cargarle con los *gastos de cancelación*<sup>247</sup>. Respecto a los primeros, incumbe al

<sup>245</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. ult. cit.*, p. 1127; ÁLVAREZ LATA, *op. cit.*, 2012, p. 102, indicando, también con referencia al art. 60 TRLCU, que, de no facilitársele al comprador toda la información precisa para que tenga pleno conocimiento de las condiciones en que se subroga, estaríamos ante una cláusula ilícita en tanto que la decisión entre optar por la subrogación o no hacerlo carecería de fundamento. Acerca de la información al consumidor como requisito inherente a la validez de la cláusula de subrogación hipotecaria, *vid.* ARBESÚ GONZÁLEZ, V., «La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor, comentario al artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios», en *Saberes*, vol. 1, 2009, Separata, pp. 12-16.

<sup>246</sup> SERRA, *op. ult. cit.*, p. 224 y jurisprudencia ahí citada. Como explica la SAP 16.1.2007 (FJ 4.º), para determinar el destino dado por el promotor a la suma de dinero entregado por la entidad prestamista y cuya devolución se garantiza con hipoteca (destino que es decisivo de la finalidad del préstamo hipotecario), hay que acudir al contenido de la escritura de préstamo hipotecario que figurará inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo evidente que, si nada se dice en la escritura, debe entenderse que la totalidad del préstamo hipotecario lo es para financiar la construcción; por el contrario, si en la escritura se especifica qué parte del préstamo ha de destinarse a la construcción y qué parte es para financiar la adquisición, habrá que atenerse al contenido de la escritura.

<sup>247</sup> Se ha distinguido al respecto si ha habido o no subrogación en el préstamo hipotecario a cancelar en su momento: según una postura, si aun prevista contractualmente la subrogación del comprador, no se subrogara en tal préstamo constituido por el promotor para financiar la construcción, sería este quien debería proceder a cancelarlo, corriendo consecuentemente con los gastos derivados (así, SERRA, *op. ult. cit.*, p. 226 y resoluciones ahí citadas); según otra, los gastos de cancelación corresponderían al comprador si se hubiera subrogado, por derivarse de la amortización realizada por él mismo con posterioridad a la subrogación (MORALEJO, *op. cit.*, p. 1191 y doctrina citada en n. 39). En nuestra opinión, la atención no hay que ponerla tanto en si ha existido o no subrogación (de no haberla, nos parece clara la abusividad de cargar al consumidor con los gastos de cancelación, no obstante, *vid.* los matices apuntados por GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. ult. cit.*, pp. 1124-1125), sino en si la misma se hubiera predispuesto: i) *sin más opción*, resultando entonces evidentemente abusiva la asunción por el comprador de los costes de cancelación en caso de querer concertar préstamo con otra entidad (*vid.* ÁLVAREZ LATA, *op. ult. cit.*, sentencias citadas en p. 101), teniendo en cuenta que, de no convencerle las condiciones del préstamo hipotecario al que se viera obligado a subrogarse, podría buscar otra entidad

promotor los costes que ocasionen la formalización e inscripción del préstamo hipotecario: bancarios (comisión de apertura), arancelarios (Notario y Registro<sup>248</sup>) y tributarios (AJD<sup>249</sup>), siendo abusiva su repercusión según art. 89.3.a) y c) TRLCU. En cuanto a los segundos, dado que para cancelar formalmente la hipoteca se precisa escritura pública de cancelación (art. 3 LH), lo que no podrá hacer el promotor es penalizar la no subrogación cargando al comprador, no ya el coste tributario, pues la operación escriturada de cancelación está exenta de AJD<sup>250</sup>, sino el notarial así como la comisión bancaria de cancelación, pues ello sería abusivo conforme a las letras a) y b) del art. 89.3 TRLCU.

Nos referiremos por último a los gastos de *división de la hipoteca*. Téngase en cuenta que, existiendo una pluralidad de bienes hipotecados afectos a la misma obligación garantizada, ya sea de forma originaria (por hipotecarse a la vez en garantía de un solo crédito) o sobrevenida (cuando la finca hipotecada se divida en dos o más, o se segregue de ella alguna parte), el principio de especialidad registral exige, a efectos de inscripción, la determinación en el Registro de la Propiedad de la cantidad o parte de gravamen de que cada uno

---

que las mejorara vía «cancelación subrogatoria» *ex* LSMPH, siguiendo la terminología empleada por «Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria», imprecisa desde un punto de vista estrictamente jurídico pues toda subrogación *ex* LSMPH no da lugar a la cancelación de la hipoteca en sí sino a que una nueva entidad crediticia se coloque en la posición jurídica del anterior acreedor hipotecario (se extingue, por subrogación de acreedor, la obligación garantizada o condiciones financieras del préstamo hipotecario, quedando intacto el derecho real o condiciones no financieras; como dice ROVIRA PEREA, J., «Cancelaciones obligaciones y reales tras la reforma de la Ley 2/1994», en *www.notariosyregistradores.com*, 4.3.2008, es una «cancelación de préstamo» que no implica cancelación de la «hipoteca»), mas en todo caso la *cancelación subrogatoria* ocasiona comisiones bancarias a satisfacer al acreedor original (*vid.* arts. 7-9 Ley 41/2007); **ii**) como *opción* a concertar un préstamo con otra entidad financiera, siendo abusiva la cláusula que atribuya la posibilidad de subrogarse o bien cancelar el préstamo con asunción de gastos, y lícita si atribuyera la opción sin coste de cancelación para el comprador (cfr. PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2006, p. 25).

<sup>248</sup> Como comentamos *supra*, de las normas 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> *ex* RD 1426/1989 y RD 1427/1989 resulta que vendrá obligado al pago de los aranceles notariales y registrales (respectivamente) el promotor, por ser quien requirió (no el comprador) los servicios correspondientes al otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y presentación de ésta para su inscripción.

<sup>249</sup> Tal como explicamos en el epígrafe 4.3.5. B, el promotor tendrá que pagar AJD por la documentación en escritura pública del préstamo hipotecario *en tanto que prestatario*, pues señalando el art. 29 TRLITPAJD que «*será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan*», el art. 68 RITPAJD aclara en su 2.º pfo. que «*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*».

<sup>250</sup> Art. 45. I. B.18 TRLITPAJD.

deba responder<sup>251</sup> (*inter partes* o frente a terceros), esto es, la distribución de la responsabilidad hipotecaria<sup>252</sup>.

Dicha distribución, obligatoria o voluntaria (mas imperativa para la inscripción) dependiendo de que la pluralidad objetiva sea originaria o sobrevenida<sup>253</sup>, está sujeta a la exigencia general de documentación pública *ex art. 3 LH*, si bien el art. 216 RH introduce una excepción, al permitir la distribución en documento privado con firma auténtica (bien por rúbrica o ratificación ante el Registrador, bien por legitimación notarial de las firmas), con lo cual se consigue acceder al Registro sin exacción de AJD al no formalizarse la distribución en escritura pública. Aunque se ha señalado que el ámbito propio de esta operación vía instancia privada es el de la pluralidad originaria, lo cierto es que la DGRN admite su «extensión» a los supuestos de la sobrevenida<sup>254</sup>, y de hecho ha venido siendo práctica común en el sector inmobiliario posponer la distribución de responsabilidad hipotecaria al final de la obra, como alternativa a declarar la obra nueva y la división horizontal y formalizar el préstamo promo-

---

<sup>251</sup> El art. 216 Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (en adelante, RH), establece *in primis* que «no se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine previamente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder», y a continuación, refiriéndose a la distribución por convenio, permite acordarla en el mismo título de constitución de hipoteca o en otro documento público «*o en solicitud dirigida al Registrador firmada o ratificada ante él, o cuyas firmas estén legitimadas*», esto es, contempla la posibilidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria en documento privado.

<sup>252</sup> A ello se refiere el art. 124 LH al establecer que «*dividida la hipoteca* constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca». Precisamente por estar dividida la hipoteca (distribuida la responsabilidad hipotecaria entre las varias fincas), la amortización de la cuota de que responde la concreta vivienda del comprador produce la liberación del gravamen de esta, y la cancelación que se inste será parcial respecto de la hipoteca total, esto es, cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca liberada. Sin distribución la hipoteca es solidaria y no se podrá pedir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que se satisficiera. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. («Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria», en *REDUR*, n.º 1, 2003, p. 212) apunta que dicho precepto contempla una regla excepcional, atendiendo al carácter indivisible de la hipoteca (art. 1860 CC) y a la no obligación del acreedor a admitir pagos parciales (art. 1169 CC).

<sup>253</sup> Si es originaria, la distribución de responsabilidad, según el art. 119 LH, resulta obligatoria, permitiéndose, por tanto, la posibilidad de que se hipotequen conjuntamente varias fincas a la vez sin especificar la parte de responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada una de ellas; en caso de pluralidad objetiva sobrevenida, tal distribución, según el art. 123 LH, requerirá el acuerdo voluntario de acreedor y deudor, renunciando el primero en tal caso a la típica indivisibilidad de la hipoteca, carácter que no obstante se mantiene respecto de la parte de crédito asignada a cada bien.

<sup>254</sup> Así, DÍAZ CADÓRNIGA, J. («La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado», en *www.notariosyregistradores.com*, 29.6.2009), criticando que, si bien el art. 216 RH solo puede ser desarrollo del art. 119 LH (pluralidad originaria) *ergo* el caso contemplado en el art. 123 LH (sobrevenida) seguiría la regla general de documentación pública, la RDGRN de 7.1.2004 vino a admitir la distribución en documento privado no solo en supuestos *ex art. 119 LH* sino también en los del art. 123 LH (haciéndose eco de dicha Resolución, la SAP Valencia 30.9.2004, FJ 2.º), lo que a juicio de este notario entraña una serie de peligros, tanto fiscales como de titulación y ejecutividad.

tor con la correspondiente distribución entre los componentes resultantes de dicha división horizontal.

La diferencia es que mientras en este último caso no se realiza, desde el punto de vista fiscal, dos hechos imposables por la garantía real (uno por la constitución y otro por la distribución, sino que se subsume en el hecho imponible de préstamo hipotecario), gravando el impuesto de AJD la declaración de obra nueva, la división horizontal y el préstamo hipotecario; en caso de distribución diferida a la inicial constitución de hipoteca (realizándose la declaración de obra nueva y la división horizontal a la conclusión) se puede obligar a liquidar AJD sobre la distribución, al realizarse como concepto independiente<sup>255</sup>, siempre que, claro está, se documente en escritura notarial. Precisamente para evitarlo cabe, y de hecho no es nada extraño, formalizar la distribución hipotecaria en documento privado, como una legítima «economía de opción»<sup>256</sup>, que además beneficiaría al consumidor por cuanto el único coste seguro que ocasione es el de Registro<sup>257</sup>, luego no habría riesgo de imponerle los gastos notariales y fiscales que necesariamente acontecerían de documentar aquella en escritura pública, imposición que de todas formas prohíbe el art. 89.3 TRLCU.

<sup>255</sup> Aun cuando se ha discutido si la distribución de responsabilidad supone o no un hecho imponible adicional en AJD al que por el mismo impuesto corresponde la constitución de hipoteca (al respecto *vid.* JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *Todo transmisiones 2014*, Valencia, 2014, p. 470), la mayoría de Administraciones autonómicas obligan a liquidar el impuesto sobre la distribución cuando no es simultánea a la constitución de la hipoteca, como apunta MONTROYA MATEOS, P. (*Gestión de promociones inmobiliarias*, Madrid, 2004, p. 88), señalando que, de posponerse la división horizontal –y con ella la distribución de responsabilidad–, el promotor conseguiría aplazar el pago de AJD que grava su escritura, así como el pago, al Registro de la Propiedad, de la inscripción de todos los pisos y/o locales resultantes de dicha división.

<sup>256</sup> Así la conceptúa MÍNGUEZ JIMÉNEZ, F., «Comentarios a las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos», Febrero 2004, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), sobre la consulta n.º 1893-03.

<sup>257</sup> Como vimos antes, el documento privado de distribución no tiene por qué ser objeto de legitimación notarial de firmas, pues también puede rubricarse o ratificarse ante el Registrador, accediendo así a su inscripción (art. 216 RH); mas si se optara por autenticarlas mediante testimonio de legitimación de firmas *ex art.* 258 del Reglamento Notarial igualmente se evitaría incidir en la *cuota variable* de AJD, puesto que el hecho imponible exige su documentación en escritura o acta notarial (art. 72 TRLITPAJD), no quedando comprendidos en su órbita los testimonios, que sí están sujetos a la exigua *cuota fija* de AJD por extenderse en papel timbrado (0,3 € por pliego o 0,15 € por folio, art. 71 TRLITPAJD), cosa que por cierto no exige el art. 262 de dicho Reglamento (basta con que la diligencia de testimonio se haga en papel de los Colegios Notariales y ello cuando no fuera posible extenderla en el propio documento testimoniado), de manera que cabría la duda de si existe la necesidad de expedir los testimonios en papel timbrado conforme exige la normativa fiscal (sobre esta cuestión *vid.* RDGRN de 4.1.2011), *ergo* si no fuera necesario ni siquiera habría que pagar esa cuota fija, aunque sí el arancel n.º 5 Anexo I RD 1426/1989. Téngase presente que la no sujeción de la instancia privada de distribución hipotecaria (nos referimos a la cuota variable de AJD) es predicable incluso cuando incluya el valor de tasación de las fincas hipotecadas (*vid.* Resolución del TEAC de 12.5.2009, n.º 00/7209/2008), y que la elevación a público del documento privado (la protocolización de la distribución tiene como fin cumplir con el art. 682 LEC, al exigir que el valor de tasación conste en escritura pública) tampoco debería tributar por el gravamen gradual de AJD: *vid.* los argumentos a favor expuestos por DÍAZ CADÓRNIGA, *op. cit.*; ZEJALBO MARTÍN, J., «Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 18.8.2014, y doctrina citada.

D.III) Otros gastos preparatorios de la titulación

Además de los gastos antes vistos, el art. 89.3.a) TRLCU enumera los relativos a obra nueva y propiedad horizontal. Recordemos lo dicho respecto a la enumeración *meramente ejemplificativa* que hacía el primigenio art. 10.1.c), inciso 11 LCU, carácter no exhaustivo que es igualmente predicable de la norma actual, lo cual permite entender comprendidos en la misma otros gastos no citados<sup>258</sup>, como los de segregación o agrupación de fincas, los de obtención de licencia de primera ocupación [en relación con letra *d*) del art. 89.3 TRLCU], los derivados de la contratación de las garantías *ex art. 1.1.<sup>a</sup> Ley 57/68* –desde el 1.1.2016 en aptdo. uno.1.a) DA 1.<sup>a</sup> LOE– y art. 19 LOE, etc., gastos que, como vamos a ver a continuación, guardan a su vez relación con la declaración de obra nueva y la constitución del régimen de propiedad horizontal, de ahí que la imposición de su pago al consumidor pueda resultar abusiva de forma independiente o por asociación con aquellas.

Comenzando por la obra nueva, hemos de distinguir su declaración registral, que tiene por finalidad constatar en el Registro de la Propiedad el hecho de la construcción de una edificación o su modificación<sup>259</sup>, de lo que es su declaración catastral, que a diferencia de la anterior resulta legalmente obligatoria, y ello en orden a que se incorpore al Catastro la realización de nueva construcción en un bien inmueble (el solar sobre el que se edifica como supuesto típico), con objeto de que la descripción catastral de este concuerde con la realidad<sup>260</sup>. Es necesario declarar ante el Catastro esa alteración física: i) por su carácter tributario censal<sup>261</sup>, siendo la nueva construcción objeto de gravamen en el devengo del IBI inmediatamente posterior al momento en que se

---

<sup>258</sup> SERRA, *op. cit.*, p. 222 y doctrina citada en n. 46; GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. ult. cit.*, p. 1123 y autores citados en n. 468.

<sup>259</sup> Advierte LLOPIS BENLLOCH, J. C. («Las declaraciones de obra nueva. Modalidades y requisitos. Las actas de finalización de obra», en *www.notariosyregistradores.com*, 23.4.2008), que la finalidad de declarar la obra nueva no es adquirir la propiedad de la edificación, pues esta se adquiere por accesión («*el propietario de una finca tiene entre las facultades del dominio, el hacer suyo lo que la finca adquiere por accesión: el supuesto más importante es el del ejercicio del ius aedificandi, en cuyo caso se modifica la estructura de la finca, y ello se puede hacer constar en el Registro por medio de la declaración de obra nueva*»), sino concordar la realidad jurídica registral y extrarregistral, tanto originarias –se inscribe el solar pero no la edificación– como sobrevenidas –si al inscribir el solar no existía la edificación–. Desde esta perspectiva, se trata simplemente de acreditar la incorporación a la finca de lo que se une por accesión.

<sup>260</sup> Arts. 11.1 y 16.2.a) TRLCI, y Resoluciones de DGT a consultas de 28.2.2005 y 29.9.2010.

<sup>261</sup> Según el art. 12.1 TRLCI los procedimientos de incorporación al Catastro (uno de los cuales es el de incorporación mediante declaración *ex art. 11.2.a* TRLCI) tienen naturaleza tributaria.

produzcan los efectos catastrales<sup>262</sup>; ii) para dar cumplimiento al art. 76.3 TRLHL, según el cual los ayuntamientos podrán exigir la acreditación de haberse presentado la declaración catastral de nueva construcción para la tramitación de la licencia de primera ocupación.

La diferencia de trato que dispensa el legislador al ingreso de la nueva construcción en el Catastro y en el Registro, sin imposición respecto a este último, se aprecia en la expresión utilizada en el art. 202 LH (también en art. 308 RH) para referirse a la inscripción registral de aquella: «podrá inscribirse en el Registro». La incorporación de los inmuebles y sus alteraciones en el Catastro se configura como una actividad administrativa a iniciativa obligatoria de su titular, y ello vía procedimiento que el TRLCI denomina de «declaración», documento por el que «se manifiesta o reconoce ante el Catastro Inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles»<sup>263</sup>, cuya traducción práctica consiste en cumplimentar –en el caso que nos ocupa– el modelo 902N (declaración catastral de nueva construcción). La incorporación registral es legalmente facultativa para el dueño de la obra, aunque necesaria con fines de seguridad jurídica<sup>264</sup> y de hipotecar el edificio o los pisos y loca-

<sup>262</sup> Art. 75.3 TRLHL. De acuerdo con el art. 17 TRLCI, la realización de la nueva construcción tendrá efectos catastrales el día siguiente al de la fecha de terminación de la obra acreditada en el correspondiente certificado de finalización de obra. Como el IBI se devenga el primer día del período impositivo, y este coincida con el año natural (art. 75.1 y 2 TRLHL), los efectos tributarios se producirán el uno de enero siguiente al de la fecha certificada de terminación de la obra.

<sup>263</sup> Dispone el art. 11.1 TRLCI que «la incorporación de los bienes inmuebles en el Catastro Inmobiliario, así como de las alteraciones de sus características, que conllevará, en su caso, la asignación de valor catastral, es obligatoria y podrá extenderse a la modificación de cuantos datos sean necesarios para que la descripción catastral de los inmuebles afectados concuerde con la realidad», obligación que el art. 13.2 TRLCI atribuye a lo titulares catastrales de los inmuebles (es titular catastral, según art. 9.1 TRLCI, quien ostenta, sobre la totalidad o parte de un bien inmueble, el derecho de propiedad plena o menos plena, una concesión administrativa, el derecho real de superficie o un derecho real de usufructo sobre el inmueble), quienes están «sujetos a la obligación de formalizar las *declaraciones* conducentes a la incorporación en el Catastro Inmobiliario de los inmuebles y de sus alteraciones»; obligación que se instrumenta vía declaración, esto es, uno de los procedimientos de incorporación señalados en art. 11.2 TRLCI y concretado en art. 13 TRLCI, cuyo aptdo. 1.º define las declaraciones como «documentos por los que se manifiesta o reconoce ante el Catastro Inmobiliario que se han producido las circunstancias determinantes de un alta, baja o modificación de la descripción catastral de los inmuebles».

<sup>264</sup> Téngase presente que mientras los datos que obran en Catastro sobre el inmueble declarado se presumen ciertos (art. 3.3 TRLCI), su *titularidad dominical solo se presume veraz si consta en Registro*, sin perjuicio de la titularidad catastral. Existe una complementariedad de Catastro y Registro, pues la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, según reiterada doctrina del TS (como recuerda la STS 15.4.2003, FJ 2.º), no alcanza a los datos y circunstancias de mero hecho que puedan figurar en sus asientos, y es que las circunstancias físicas de la finca inscrita no están comprendidas en el principio de fe pública registral (SAP Madrid, 23.12.2011, FJ 3.º).

les<sup>265</sup>, siendo el vehículo de acceso al Registro la descripción de la obra en título documental referente al inmueble, no necesariamente notarial, y aunque lo fuere no tiene por qué tratarse de una escritura pública específicamente destinada a tal fin<sup>266</sup> (documento notarial denominado «declaración de obra nueva») aunque resulte la opción consagrada en la práctica.

---

<sup>265</sup> Como señalan CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 103), su hipoteca requiere la declaración de obra nueva inscrita en el Registro, por la constitución registral del derecho de hipoteca, cuya inscripción exige, en virtud de los arts. 51 RH y 8.5.º LH, la previa inscripción del edificio, con las descripciones oportunas sobre los datos de hecho del mismo. Por su parte, MARIÑO PARDO, F. M. («La declaración de obra nueva. Doctrina de la DGRN», en *www.iurisprudente.com*, 18.12.2014) considera que el propietario puede declarar la obra sin intervención del acreedor hipotecario, claramente cuando lo hipotecado sea el suelo edificable, pues la hipoteca no afecta a sus facultades dispositivas, sin perjuicio del posible pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones, y discutiblemente cuando se pretenda modificar una edificación ya hipotecada, aunque a su juicio tampoco es imprescindible que intervenga el acreedor hipotecario, pues el propietario, que conserva sus facultades dispositivas, se limita a constatar un hecho, sin perjuicio de los efectos que la modificación del objeto de la hipoteca pueda tener en la relación acreedor-deudor y de que, a esos efectos, sea conveniente contar con el consentimiento de aquel.

<sup>266</sup> Como ha señalado la DGRN, ninguna exigencia urbanística, de ordenación de edificación ni de carácter hipotecario general impone que las declaraciones de construcciones que se contengan en fincas que pretendan su acceso a Registro deban realizarse necesariamente en una escritura otorgada exclusivamente a tal efecto, admitiendo la inscripción de la declaración de obras nuevas en auto aprobatorio de expediente de dominio para reanudación del tracto (RDGRN 18.6.1991, FJ 2.º) y las contenidas en certificado de dominio para la inmatriculación de fincas (RDGRN 22.5.2013, FFJJ 4.º y 5.º). Acerca de la inscripción de obras nuevas, el art. 45 del RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (en adelante, RD 1093/97), establece que «los edificios o mejoras de los mismos que por accesión se incorporan a la finca, cuando se ejecuten conforme a la ordenación urbanística aplicable, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad en virtud de los títulos previstos por la legislación hipotecaria» (a tal efecto, deberá constar en dichos títulos «al menos, el número de plantas, la superficie de parcela ocupada, el total de los metros cuadrados edificados, y, si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro elemento que sea susceptible de aprovechamiento independiente»). Por su parte, el art. 308 RH recoge dos posibilidades de inscripción: i) descripción de la obra nueva en alguno de los títulos que se refieran al inmueble, en los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales sobre la propia finca; ii) escritura pública descriptiva de la obra nueva otorgada por el legitimado para ello, o en la que además del propietario de la finca, intervenga el contratista de la obra, para manifestar que ha sido reintegrado del importe del coste de esta. Estas dos alternativas se contenían sustancialmente en el art. 208 LH antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo; tras ella, la previsión pasa al art. 202 LH, donde desaparece la referencia expresa a la escritura pública de obra nueva (que sin embargo se mantiene en art. 308 RH, con referencia al anterior art. 208 LH), rezando su primer párrafo así: «las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación». En resumen, basta la descripción de la obra en título inscribible, aunque documento otro negocio jurídico sobre el inmueble, siempre que cumpla los requisitos legales para el acceso registral de las obras nuevas.

Por otra parte, la obra nueva puede declararse, a efectos registrales, bien *en construcción* o bien *terminada*<sup>267</sup>, mientras que su declaración catastral debe hacerse conforme hemos visto en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la fecha de terminación acreditada mediante certificado final de obra<sup>268</sup>, que es exigido por los Notarios y Registradores para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada<sup>269</sup>. Si se optase por declarar la obra nueva en construcción, la normativa requiere, al fin de la obra, acta notarial acreditativa de su terminación<sup>270</sup>, que no tributa por el gravamen gradual de AJD (cuestión distinta es su sujeción al correspondiente arancel notarial) pues aunque tiene acceso al Registro carece de contenido económico dado que la obra ya habrá tributado en la escritura de declaración<sup>271</sup>.

<sup>267</sup> Los requisitos para la formalización e inscripción registral de estas dos modalidades de declaración se contemplan, a nivel estatal, en art. 46 y ss. RD 1093/97, y en art. 20 RD 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo (en adelante, TRLS); y a nivel autonómico, refiriéndose a la normativa andaluza, en art. 176 Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), y en art. 27 Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, RDU).

<sup>268</sup> Art. 28.2 RD 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, y RDGT de 29.9.2010.

<sup>269</sup> Art. 46.3 RD 1093/97; art. 20, aptdos. 1, 2.º pfo., y 2 TRLS; art. 176.1.b) LOUA; art. 27.1.b) RDU.

<sup>270</sup> Arts. 47.1 RD 1093/97, 176.2 LOUA y 27.2 RDU. La escritura de obra nueva en construcción requiere certificado de técnico competente acreditativo del ajuste de la descripción de la obra al proyecto para el que se concedió la licencia. Los requisitos descriptivos de la obra *ex art.* 45 RD 1093/97 suelen incluirse en dicho certificado que se une a la escritura pasando a formar parte de la misma, pero en todo caso la descripción en el título debe ser totalmente coincidente con el certificado. Para el acta notarial de fin de obra, declarada en su día en construcción, también se precisa certificado de técnico competente, que no tiene por qué comprender las menciones de aquel precepto en caso de ser el mismo técnico que certificó la declaración de obra nueva en construcción, bastando que del certificado conste que se trata de la misma edificación (en este sentido, *vid.* RDGRN 1.6.2002, FJ 2.º), y en el que tampoco es necesario reiterar que la obra se ajusta al proyecto y a la licencia salvo que se modifique la obra tal y como consta en el registro en construcción. Si la obra nueva se declara directamente terminada, es preciso, conforme vimos antes, certificado final de obra (habitualmente expedido por la Dirección Facultativa, aunque el art. 50 RD 1093/97 contempla a otros posibles técnicos competentes) que acredite que dicha obra ha finalizado conforme a la descripción del proyecto para el que se obtuvo licencia, que igualmente debe ser testimoniado en la escritura pública y acreditado al Registrador. Téngase presente que es posible suplir los correspondientes certificados técnicos «*por comparecencia del técnico en el mismo acto del otorgamiento de la escritura o autorización del acta que, en cada caso, proceda*» (art. 49.1 RD 1093/97).

<sup>271</sup> Como señala la RDGT de 13.11.2001, las actas notariales de finalización de una obra nueva, declarada previamente en construcción, constituyen documentos sujetos, en principio, al gravamen de AJD, pero, partiendo de la consideración de la declaración de obra nueva en construcción como un acto jurídico de documentación compleja (en cuanto supone la necesidad de dos instrumentos públicos para su inscripción registral: la escritura de declaración y el acta de terminación), ha de entenderse que la presentación de cualquiera de los instrumentos notariales inicia un procedimiento de liquidación del gravamen que recae sobre el acto jurídico documentado y que, de igual forma que no sería admisible que, merced al desdoblamiento documental, una obra nueva llegase a ser inscrita en el Registro de la Propiedad sin haber satisfecho el tributo, si en el curso del procedimiento se acreditase que este ya ha sido liquidado en otro procedimiento anterior, sobre otro de los documentos, no deberá girarse nueva liquidación para no incurrir en duplicidad.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, así como actas de finalización de obras, los Notarios y Registradores exigirán que se acredite documentalmente «*el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios*»<sup>272</sup>, lo que, en palabras de la DGRN, significa que no se autorizarán por unos ni se inscribirán por los otros escrituras de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la LOE sin que se les acrediten tanto el Libro Edificio a que se refiere su art. 7 como el seguro decenal regulado en su art. 19<sup>273</sup>. Sobre esto último, dado que el art. 20.1 LOE impide que se autoricen (Notario) o inscriban (Registro) escrituras de declaración de obra nueva sin acreditarse la constitución de las garantías *ex art. 19 LOE*, la contratación de seguro obligatorio podría entenderse como un gasto más para declarar la obra nueva, luego desde esta perspectiva sería abusiva la repercusión de las primas de seguros concertados por el promotor, con independencia de que lo sea por el carácter de coste preparatorio de la titulación que *per se* tiene el pago de estas garantías legalmente exigibles.

Con todo, téngase presente que la declaración de obra nueva documenta el «objeto» de la división horizontal. Mediante esta última se configuran como elementos privativos, susceptibles de propiedad singular y exclusiva, diversos pisos o locales en la edificación, junto con los elementos comunes del edificio, sujetándolos al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante, LPH). La legislación hipotecaria considera suficiente para el acceso registral de la obra nueva su descripción en los títulos que se otorguen para documentar otros actos inscribibles, como lo sería el propio título que documentase la división horizon-

---

<sup>272</sup> Letra *a*) del art. 20.1 TRLS. Su letra *b*) también exige que se acredite documentalmente «*el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable*», lo que se ha entendido como necesidad de aportar a la escritura de declaración de obra nueva terminada o al acta de finalización (en caso de obra declarada previamente en construcción) la licencia de primera ocupación, que de hecho es requerida reglamentariamente en Andalucía (art. 27.2 RDU). No obstante, la DGRN ha señalado que dicha licencia no resulta exigible a tales efectos, entre otras, en resoluciones de 9.12.2008 (FJ 3.º) y de 9.1.2010 (FJ 4.º), esta última refiriéndose por cierto a la LOUA: «*debe concluirse que nada autoriza a realizar una interpretación (...) de la que se desprendiera la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor –o en el acta de fin de obra–, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización prevista en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía*».

<sup>273</sup> Resolución-Circular DGRN de 26.7.2007, resolviendo consulta de la Asociación de Promotores Constructores de España efectuada por escrito de 30.5.2007, pto. 6.º Para un análisis *in extenso* de estos requisitos de la LOE y su relación con la declaración de obra nueva, *vid.* SUÁREZ PINILLA, J. I., «La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva. Especial referencia a la normativa de Andalucía», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), mayo 2012.

tal<sup>274</sup>. Ahora bien, aunque se realizaran simultáneamente y se contuvieran en la misma escritura, la declaración de obra nueva y la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal son dos convenciones sujetas separadamente al impuesto de AJD, que deberán tributar de forma independiente<sup>275</sup>.

De todas formas, se advierte que para la inscripción de dicho régimen, la LH no exige que conste la previa o simultánea inscripción de la declaración de obra nueva del edificio<sup>276</sup>, y que la DGRN ha dicho que la LPH «*en ningún momento, exige la previa declaración de obra nueva, la cual nunca es requisito indispensable para la constitución de tal régimen, puesto que el mismo se puede constituir contando como base una edificación antigua que tenga unidades susceptibles de aprovechamiento independiente*»<sup>277</sup>, tal sería el caso, v.gr., de una agrupación o una segregación, operaciones cuya documentación pública está sujeta a AJD como conceptos separados aunque coincidiera la inscripción de cada una con la constitución de la propiedad horizontal. Con todo, el promotor inmobiliario, al declarar la obra nueva, puede segregar del solar la parte de suelo sobre la que se levanta el edificio, dejando el resto como finca matriz de propiedad suya, y no como elemento común del inmueble en propiedad horizontal; también puede segregar este resto no construido, reteniéndolo en su propiedad<sup>278</sup>.

La complejidad y diversidad del fenómeno constructivo hace preciso distinguir la propiedad horizontal, ordinaria y «tumbada», y el complejo inmo-

<sup>274</sup> MARIÑO PARDO, F. M., «El ajuste de la división horizontal a la declaración de obra nueva. El artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997. La división horizontal de la vivienda unifamiliar y otros supuestos. La Resolución DGRN de 3 de octubre de 2014», en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com), 3.1.2015.

<sup>275</sup> Art. 4 TRLITPAJD y RDGT de 5.11.2009, poniendo esta el acento en que las declaraciones de obra nueva y división horizontal solo tienen por finalidad modificar la situación del inmueble en el Registro («*ya sea su configuración física, mediante la declaración de obra nueva, o su configuración jurídica mediante la constitución de la división horizontal; mediante la declaración de obra nueva se declara la existencia o la construcción de una edificación; mediante la constitución del régimen de división horizontal se divide un inmueble en diversos pisos independientes, asignando a cada uno un coeficiente de participación en los elementos comunes de todo el edificio, necesarios para el adecuado uso y disfrute de los distintos pisos independientes, siendo tal cuota inherente e inseparable a la propiedad del piso, con el que forma una unidad aún cuando recaigan sobre distintos objetos y tengan distinto alcance*»), sin que modifiquen la titularidad de la finca, que, ya sea una en pro indiviso o varias en régimen de propiedad horizontal, siguen perteneciendo al mismo o mismos titulares que antes de llevarse a cabo dichas declaraciones. En idénticos términos, RDGT de 14.3.2013.

<sup>276</sup> CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 107, refiriéndose a que los aptdos. 4.º y 5.º del art. 8 LH no contemplan esa exigencia; señalan estos autores que, no obstante, dicha declaración viene sustancialmente contenida en la descripción obligatoria del edificio a que se refiere el art. 8.4.º LH.

<sup>277</sup> RDGRN 23.10.2002, FJ 2.º, revocando la calificación de la Registradora, que negó la inscripción de una escritura de segregación y división en régimen de propiedad horizontal por no ir precedida la división horizontal de previa declaración de obra nueva.

<sup>278</sup> En defecto de una operación de segregación, el resto de solar no edificado pasa a ser elemento común del inmueble: CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 105 y resoluciones ahí citadas.

liario. Este último se caracteriza frente a la propiedad horizontal ordinaria por tener como objeto no un edificio individual, sino una pluralidad de parcelas o edificaciones. El art. 24 LPH contiene una regulación de los «complejos inmobiliarios privados», que, pese a no tener la naturaleza de propiedad horizontal propiamente dicha, les resulta aplicable el régimen especial de propiedad *ex art. 396 CC*<sup>279</sup>, siempre que reúnan, entre otros, el requisito de estar «*integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea la vivienda o locales*».

Dado que es posible constituir un complejo inmobiliario sobre una única finca registral (o sobre varias, sin necesidad de agrupación entre sí<sup>280</sup>), esta institución se distinguiría de la propiedad horizontal «tumbada» (calificativo bajo el que indebidamente suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos) en que sus titulares participan, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos, por tanto en el complejo inmobiliario lo común son elementos accesorios [viales, instalaciones o servicios, cita el art. 24.1.b) LPH], mientras que el suelo es común en la auténtica propiedad horizontal, atribuyéndosele el adjetivo de tumbada tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen horizontalmente (como sí ocurre en la propiedad horizontal ordinaria) sino que se sitúan en el mismo plano horizontal<sup>281</sup>.

La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> Como apunta la RDGRN 3.12.2009 (FJ 3.º), el art. 24 LPH extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan los requisitos establecidos en dicho precepto.

<sup>280</sup> Art. 17.3. pfo. 2 TRLS, aunque exigiendo que sean colindantes o, de no serlo, que estén separadas por terreno que tenga «*la condición de dominio público, ser de uso público, servir de soporte a las obras de urbanización, o ser computables a los efectos del cumplimiento del deber de entregar a la Administración el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención*».

<sup>281</sup> RDGRN 21.1.2014, FJ 7.º Ejemplo de propiedad horizontal tumbada serían las viviendas adosadas, por mantener el suelo en común y la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asientan.

<sup>282</sup> Dispone el art. 10.3 LPH que requerirán autorización administrativa, en todo caso «*a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos*». Según la RDGRN 17.10.2014, FJ 3.º, con cita a la RDGRN 28.5.2014 (FJ 4.º), dicho precepto y aquel al que remite (art. 17.6 TRLS) «*deben ser interpretados y aplicados de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modifica-*

Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca –o derecho de vuelo– que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior, pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, dado que no existe alteración de forma (la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de infracciones urbanísticas cometidas), superficie o linderos<sup>283</sup>.

#### 4.4 TIPOLOGÍA DESTACABLE EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO QUE FINANCIA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA

##### 4.4.1 Consideraciones comunes: marco normativo. Análisis crítico de la regulación relativa a la *financiación no bancaria* y los servicios de intermediación financiera

La necesidad de obtener financiación para adquirir una vivienda conlleva la búsqueda por el consumidor de los préstamos disponibles en el mercado. El vertiginoso crecimiento del crédito hipotecario, vinculado al incremento de la demanda en el sector inmobiliario, supuso el auge de empresas que, sin tener la condición de *entidades de crédito* (inscritas como tales en los registros oficiales del Banco de España –en adelante, BdE– y bajo su supervisión), vendrían a competir con estas últimas en la concesión de préstamos hipotecarios.

Cuando dicha concesión sea una operación de «crédito bancario», entendiéndose por tal el concedido por instituciones supervisadas por el BdE (entidades de crédito o asimiladas<sup>284</sup>), se cuenta con una regulación: i) *específica* en

---

*ción de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación».*

<sup>283</sup> Así, la RDGRN 21.1.2014, FJ 7.º, que, no obstante, entra en la casuística, destacando elementos como el carácter discontinuo de las edificaciones, el régimen estatutario que autorizaba a cada titular a realizar por sí mismo divisiones, segregaciones, cambios de naturaleza o desvinculaciones. Para un análisis crítico, *vid.* MARIÑO PARDO, F. M., «La división horizontal, la propiedad horizontal tumbada y los complejos inmobiliarios. ¿Está sujeta a licencia la división horizontal? Las Resoluciones de 21 de enero de 2014, 3 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2014», en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com), 13.1.2015.

<sup>284</sup> Según el art. 1 LOSSEC, son entidades de crédito «*las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*» (apdo. 1), y tienen tal consideración los bancos, las cajas de ahorros, las cooperativas de crédito y el ICO (apdo. 2). La LOSSEC y su desarrollo reglamentario (Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero –en adelante, RD 84/2015–) adaptan las condiciones de acceso y de ejercicio de la actividad bancaria por parte de las entidades de crédito, así como su supervisión y sanción por el BdE a los man-

materia de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, transparencia y responsabilidad en la concesión, contenida, respectivamente, en la LSM-PH, la OTPC (Capítulo II del Título III)<sup>285</sup> y la Circular del BdE (en adelante, CBE) que la desarrolla<sup>286</sup>; ii) *transversal* sobre protección del «cliente bancario», contenida en la LOSSEC y el RD 84/2015, que en tanto adherente de condiciones generales (forma típica de contratación bancaria) será aplicable la LCGC, así como el TRLCU salvo que destine el crédito a la que fuere su actividad comercial<sup>287</sup>.

---

datos del *Reglamento (UE) n.º 575/2013, sobre requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión*, y de la *Directiva 2013/36/UE, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión* (ambos textos de fecha 26.6.2013, publicados en *DO L 176*, de 27.6.2013, pp. 1-337, y pp. 338-436, respectivamente). En adaptación a esta nueva regulación que incorpora la normativa europea en materia de solvencia de dichas entidades, los «establecimientos financieros de crédito» (EFC), pierden su condición de entidades de crédito (que antes tenían pese a la imposibilidad de captar depósitos del público) pero mantienen intacta su inclusión dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación financiera, de ahí que podamos considerarlos *asimilados* a esas entidades; en efecto, el nuevo régimen jurídico de los EFC, contenido en Título II de la *Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial* (en adelante, *Ley 5/2015*), está basado en el mantenimiento general del régimen previo (DA 1.ª *Ley 3/1994*, de 14 de abril, y RD 692/1996, de 26 de abril), con las singularidades oportunas que se determinan en dicha Ley, como reconoce su Preámbulo, II. A los EFC les resulta aplicable la LOSSEC, el RD 84/2015 y la normativa de transparencia de las entidades de crédito según art. 7 *Ley 5/2015*, así como la LSM-PH [art. 2.d) *Ley 2/1981*, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario, por remisión del art. 1 LSM-PH].

<sup>285</sup> Arts. 19-32 *Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*, sustituyendo la regulación anteriormente contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, OM 5.5.1994), derogada por letra b) DD única OTPC.

<sup>286</sup> Concretamente, la *Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos* (en adelante, CBE 5/2012), que desarrolla, además de las disposiciones de la OTPC, la relativa al cambio de divisa prevista en art. 3 *Orden EHA/1608/2010*, de 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Tal Circular vino a sustituir a la precedente *8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (en adelante, CBE 8/1990), que desarrollaba la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (en adelante, OM 12.12.1989), derogada por letra a) DD única OTPC.

<sup>287</sup> Como ha dicho la STS 22.4.2015 (FJ 3.º, pto. 4), «*que el dinero prestado no fuera destinado a bienes de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional, por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional*». El concepto de «cliente bancario» es más amplio que el de consumidor, pues englobaría a toda persona que contrata un producto o servicio con una entidad crediticia [cfr. TORRES PEREA, J. M., «Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, p. 234]. Aunque el crédito concedido al consumidor bajo la forma de préstamo es *a priori* un crédito al consumo, no es de aplicación la LCCC al cubierto con garantía hipotecaria sobre vivienda, pues el art. 3.a) excluye de su ámbito «*los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria*».

Sin embargo, cuando el crédito no procede de ese sector sujeto a las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, sino del denominado, por contraposición, «sector financiero en la sombra» o *shadow banking*<sup>288</sup> en su concepción más amplia (que incluye a todas aquellas entidades que, fuera del sistema bancario regulado, realizan la función central de la banca, la intermediación del crédito<sup>289</sup>), esta actividad crediticia paralela queda sometida únicamente a la legislación general de protección de los consumidores, sin otras exigencias particulares de transparencia ni un marco específico de garantías exigibles por quienes contratan un «crédito no bancario», que sería entonces el concedido por instituciones financieras no bancarias o, en la nomenclatura de la Directiva 2014/17, *entidades no crediticias*<sup>290</sup>. La respuesta del

<sup>288</sup> Como señala KODRES, L. E. («What is Shadow Banking? —Many financial institutions that act like banks are not supervised like banks», en *F&D*, 2013, vol. 50, n.º 2, p. 42) el término fue acuñado por P. McCULLEY (simposio financiero celebrado en 2007 por el Banco de la Reserva Federal de Kansas City en Jackson Hole, Wyoming), referido a las entidades norteamericanas no bancarias que hacían *transformación de vencimientos*, actividad también realizada por la banca (esta usa depósitos, que normalmente son a corto plazo, para financiar activos a largo plazo, mientras la *banca en la sombra* lo hace captando fondos a corto plazo en mercados monetarios), pero, por no estar sujetas a regulación bancaria, en caso de emergencia no pueden acudir a la FED ni cuentan con depositantes cuyos fondos estén asegurados; están «en la sombra».

<sup>289</sup> Concretamente, el FINANCIAL STABILITY BOARD, en su informe *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation* (Basilea, 27.10.2011, p. 1), definió *shadow banking* como la intermediación crediticia conformada por entidades y actividades que están fuera del sistema de la banca regulada; definición que fue sometida a consulta por la Comisión Europea, junto con una lista de posibles entidades y actividades *shadow banking*, en su *Libro Verde —El sistema bancario en la sombra*, de 19.3.2012, COM (2012) 102 final, pp. 3-5. Otras definiciones han sido propuestas, v.g., por: POZSAR, Z./ADRIAN, T./ASHCRAFT, A./BOESKY, H. («Shadow Banking», en *EPR*, vol. 19, n.º 2, 2013, p. 1), para quienes *shadow banking* son los intermediarios financieros que llevan a cabo el vencimiento, el crédito y transformación de la liquidez sin garantía del gobierno ni el acceso a la liquidez del banco central; CLAESSENS, S./RATNOVSKI, L. («What is Shadow Banking?», en *IMFWP* n.º 14/15, 11.2.2014, p. 4) entienden por *shadow banking* todas aquellas actividades financieras, con excepción de la banca tradicional, que requieren respaldo público o privado para operar. Ante la dificultad de hallar un concepto uniforme, y advirtiendo la existencia de actividad *shadow banking* dentro de la propia banca regulada, el FMI propone una descomposición de las entidades bancarias y las entidades en la sombra diferenciándolas por actividades, función y nivel de riesgo, al tiempo que plantea una serie de fases para limitar sus peligros: *vid.* VALCKX, N./AMIDZIC, G./ARREGUI, N./BLANKENHEIM, J./EHRENTAUD, J./GRAY, D. et al., «Shadow banking around the globe: How large, and how risky?», en INTERNATIONAL MONETARY FUND, Washington, DC, 2014, *Global Financial Stability Report, October 2014: Risk Taking, Liquidity, and Shadow Banking. Curbing Excess while Promoting Growth*, pp. 65-104. En este contexto, la Comisión ha señalado la importancia de incrementar la transparencia y disponibilidad de información, particularmente en relación con las actividades emprendidas con frecuencia por el *shadow banking*, entre ellas los pactos de recompra (repos) y los préstamos de valores, también denominadas «operaciones de financiación de valores», a las que va dirigida su *Propuesta de Reglamento sobre la notificación de las operaciones de financiación de valores y su transparencia*, de 29.1.2014, COM (2014) 40 final.

<sup>290</sup> A efectos de dicha Directiva, que, recordemos, regula los contratos de crédito con consumidores para inmuebles de uso residencial, se entiende por «entidad de crédito» toda entidad comprendida en la definición del art. 4.1.1) Reglamento (UE) n.º 575/2013 (esto es, *empresa cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia*, definición que acoge nuestra LOSSEC en su art. 1.1, como vimos antes); y por «entidad no crediticia» *todo prestamista que no sea una entidad de crédito*, según rezan los apdos. 9) y 10) del art. 4 Directiva 2014/17.

legislador nacional a esa carencia ha sido la «Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito» (en adelante, Ley 2/09), y su desarrollo reglamentario vía RD 106/2011, de 28 de enero.

De brillante no puede calificarse esa actuación legislativa, pues si se pretendía regular específicamente la «concesión de préstamos o créditos hipotecarios» a consumidores por entidades distintas a las de crédito [art. 1.a) Ley 2/09], en orden a sentar un marco transparente que protegiera a aquellos de modo semejante al previsto para el «cliente bancario»<sup>291</sup>, no parece tener mucho sentido que se regule en el mismo cuerpo legal los llamados «servicios de intermediación» para la celebración de todo tipo de contrato de préstamo o crédito con consumidores [art. 1.b)]. Se trata de actividades distintas desde un punto de vista económico: por un lado, la *intermediación del crédito*, que la banca realiza tomando dinero a crédito de sus depositantes para prestarlo a demandantes de capital, asumiendo por tanto el riesgo de la operación de financiación, que también realizan, de otro modo (con capital privado, pues la captación de fondos reembolsables del público está reservada, según art. 1.1 LOSSEC, a las entidades de crédito) e igual asunción de riesgo, los prestamistas exógenos al sistema bancario; por otro lado, la *mediación o asesoramiento en la obtención de crédito*, que supondría la búsqueda de financiación, no su concesión –sin asumir pues los riesgos inherentes–, actividad que realizan desde el bróker profesional al proveedor de bienes o servicios que ponga en contacto al consumidor con quien se los financie (aunque, como veremos, la Ley 2/09 exime a dicho proveedor, cuyo caso prototípico es el de las inmobiliarias, de cumplir plenamente sus disposiciones).

La intermediación *ex* Ley 2/09 se refiere a esta última actividad. Mas lo que dicha ley entiende por intermediarios financieros no serían más que mediadores financieros para la ciencia económica, pues la diferencia entre unos y otros estriba en que los primeros crean activos por transformación asumiendo el riesgo (financian activos a largo plazo con fondos obtenidos a corto plazo), cosa que no hacen los segundos; desde esta perspectiva, distinta a la de esa ley, intermediarios financieros serían las entidades de crédito y las *empresas de capital privado*. A pesar del genérico título de la Ley 2/09, regula la concesión de préstamos solo por esas últimas, siempre que se otorguen a consumidores y

---

<sup>291</sup> En el Preámbulo (II y III) de la Ley 2/09 consta que esa es su finalidad, y por tanto, supuestamente vendría a complementar la normativa de ordenación, disciplina y transparencia propias de las entidades de crédito «estableciendo un régimen de protección similar en su ámbito de aplicación para los consumidores y usuarios».

se garanticen con hipoteca, quedando fuera los préstamos personales, que en cambio sí entrarían en la «*intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad*», actividad que según art. 1.b) Ley 2/09 comprende la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para dicha celebración, incluida la puesta a disposición del contrato al consumidor; labor que no se limita por esta ley a la contratación con instituciones financieras distintas de las entidades de crédito.

Repárese en que si se intermedia para contratar un *crédito al consumo*, que por definición no sería el garantizado con hipoteca inmobiliaria según art. 3.a) LCCC, dicha intermediación también quedará sometida a la LCCC, norma que define al «intermediario de crédito» no solo como quien presenta al consumidor el contrato o le asiste de cualquier otro modo en los trámites previos a la contratación [labor prevista tanto en los ordinales 1.º y 2.º del art. 2.3 LCCC como en el art. 1.b) Ley 2/09], sino además como aquel que «celebra contratos de crédito con consumidores *en nombre del prestamista*» (art. 2.3.3.º LCCC), luego una concepción más amplia de esta figura que recoge la LCCC –siguiendo a la Directiva 2008/48/CE, que transpone<sup>292</sup>–, de cuyo antecedente (la LCC, vigente al tiempo de tramitarse la Ley 2/09) podría haberse tomado el uso del término «crédito», genérico que comprende las operaciones de préstamo, como hacía y sigue haciéndose por la normativa de crédito al consumo, en vez de la coletilla «crédito o préstamo» que incesantemente emplea la Ley 2/09 fruto de prosperar enmiendas de supuesta *mejora técnica*<sup>293</sup>.

Aun no existiendo identidad material, la actividad crediticia no bancaria (solo con garantía hipotecaria) y la de intermediación (para todo tipo de financiación) comparten el Capítulo I de la Ley 2/09 con una serie de disposiciones comunes que prevén, como principal instrumento de transparencia y vigilancia, la creación por las Comunidades Autónomas de registros públicos en que obligatoriamente habrían de inscribirse los profesionales de esas actividades,

<sup>292</sup> En efecto, la LCCC incorporó a nuestro sistema la «Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo» (DO L 333, de 22.5.2008, pp. 66-92, en adelante Directiva 2008/48), cuyo art. 3.f) define al «intermediario de crédito» como «*persona física o jurídica que no actúa como prestamista y que en el transcurso de su actividad comercial o profesional y contra una remuneración que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: i) presenta u ofrece contratos de crédito; ii) asiste a los consumidores en los trámites previos de los contratos de crédito, distintos de los indicados en el inciso i); o iii) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista*»; definición que reproduce el art. 2.3 LCCC.

<sup>293</sup> Tal era la justificación de las presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, mediante las cuales se añadía «o crédito» a las referencias hechas al préstamo y «o préstamo» a las hechas al crédito por el entonces Proyecto de Ley [enmiendas números 41, 43, 44, 45, 48, 49, 51, 52 y 53, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, pp. 35-38]; *vid.* BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 7-9, de 17.3.2009, p. 1.

así como un registro estatal que se nutriría de la información que al respecto le suministrarán los autonómicos (*vid.* art. 3). Pues bien, la realidad actual es que tales registros autonómicos brillan por su ausencia y que el estatal, creado por RD 106/2011 y teóricamente accesible vía web, aún hoy no puede consultarse como prometía el art. 3.2 de este Real Decreto<sup>294</sup>.

La vigilancia de la financiación bancaria compete al BdE, como supervisor del sistema bancario español; la no bancaria a los organismos autonómicos de consumo, carentes de medios y especialización suficientes, y en última instancia al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que además han de controlar la intermediación para la obtención de ambos tipos de financiación. Téngase presente que estas actividades hubiesen quedado bajo el control del BdE (preferible en abstracto, por la exhaustividad de la normativa protectora aplicable, y en la práctica, visto lo visto) de haber prosperado determinadas enmiendas al entonces Proyecto de Ley, que abogaban por la conversión forzosa –en todo caso o cuando la actividad superara cierta dimensión– de las entidades concedentes e intermediarios en EFC<sup>295</sup>, pues esta figura se incluye dentro del perímetro de supervisión y estricta regulación establecidos para las

---

<sup>294</sup> Según reza el art. 3.2 RD 106/2011, el registro estatal es «*accesible a través de la página web del Instituto Nacional de Consumo*». Hoy la referencia debe entenderse hecha a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), fruto de la fusión entre la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) y el Instituto Nacional de Consumo (INC). Pues bien, hasta la fecha no hay más que entrar en la página de AECOSAN a través del website del Ministerio de quien depende (Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), para comprobar que dicho registro no está disponible: <http://consumo-inc.gob.es/intermediacion/home.htm?id=121>.

<sup>295</sup> Así, la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso, que pretendía modificar el art. 1.1, en orden a que las actividades de concesión e intermediación (letras *a* y *b*, respectivamente) quedaran en todo caso ubicadas funcionalmente en el ámbito de los EFC, y «supervisadas tanto en su actividad como ante posibles reclamaciones por el Banco de España» (enmienda n.º 5, en BOCG, Congreso, Serie A. Núm. 7-4, de 7.10.2008, p. 3). Y las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular tanto en el Congreso (enmienda n.º 31, *ib.*, p. 15) como en el Senado [n.º 15, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, p. 27], para modificar dicho precepto en el sentido de que cuando tales actividades fueran la principal de la financiera o intermediario, debían constituirse como EFC, y cuando aún no siéndolo, la cifra de negocio superara los dos millones de euros o se operara en más de una Comunidad Autónoma; con la siguiente justificación: «*la actividad de concesión de préstamos o créditos o cualquier otro método equivalente de financiación es sumamente sensible para el eficiente funcionamiento de los mercados financieros y requiere exigentes normas que velen por la protección de los consumidores, de ahí la exhaustiva regulación vigente para las entidades de crédito y para los establecimientos financieros de crédito que la realizan, no solo en materia de transparencia de las operaciones que es el prioritariamente contemplado en el proyecto de ley que se enmienda, sino también en otros aspectos de especial relevancia, tales como capitales mínimos, idoneidad de los administradores, solvencia y supervisión. De ahí, que cuando dicha actividad sea desarrollada por entidades que superen una cierta dimensión –medida a través de su cifra de negocios o de su ámbito de actuación en más de una Comunidad Autónoma–, sino que deba ser exigible la más exhaustiva prevista para los establecimientos financieros de crédito*».

entidades de crédito<sup>296</sup>. ¿Y cuál es el régimen sancionador? El previsto con carácter general en arts. 51 y 52 TRLCU, al que remite el art. 9 Ley 2/09, esto es, las multas administrativas que, con independencia de su teórico efecto disuasorio, en nada solucionan la posición del consumidor cuyo derecho de información se vulnera (crítica que ya hicimos en epígrafe 4.3.3. A), y que al sector del capital privado ni siquiera le afectaría en demasía la eventual imposición de sanciones no pecuniarias, como el cierre de establecimiento o servicio, al operar habitualmente por internet, amén de no resultar fácil identificar al infractor, dado que en muchas webs no se sabe quién es realmente el prestador del servicio ni si tal servicio es de financiación o de simple intermediación, contraviniendo, por cierto, lo dispuesto en arts. 6.2 y 19.2 Ley 2/09, respectivamente.

Ante este panorama no sorprende, mas debiera preocupar, el continuo incumplimiento de las *obligaciones de transparencia* contempladas en dicho Capítulo I, relativas a: i) la información precontractual, debiendo los prestamistas e intermediarios poner a disposición de los consumidores, en sus establecimientos y páginas webs, las condiciones generales que utilicen (art. 4); ii) los precios, a recoger en un folleto de tarifas claro y comprensible que, debiendo remitirse al correspondiente registro, ha de estar física y electrónicamente disponible, disponibilidad sobre la que ha de informarse en un tablón de anuncios en lugar destacado en el establecimiento y/o web, donde además deben referenciarse los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos –caso de sometimiento a arbitraje de consumo, facultativo a tenor del art. 10–, derecho de desistimiento en intermediación y de solicitar oferta vinculante, así como, de operar vía internet, la clara identificación de la entidad que presta los servicios (arts. 5 y 6).

Téngase además presente que esas disposiciones comunes y las específicas de la actividad de intermediación (Capítulo III Ley 2/09) no se prevén para todos los posibles intermediarios: por un lado, dicha ley no es de aplicación, según art. 2.2, a los agentes de las entidades de crédito<sup>297</sup> ni a quienes se dediquen a la venta aplazada de bienes muebles; por otro, al proveedor de bienes o servicios que intermedie en la contratación de préstamos o créditos destinados

---

<sup>296</sup> Antes de la Ley 5/2015 por tener la consideración de entidad de crédito, y desde entonces por mantener a los EFC dentro de dicho perímetro.

<sup>297</sup> Esto es, el asesor personal bancario, que actúa por cuenta de la entidad de crédito correspondiente y tan solo con ella (de quien cobra), captando clientes a quienes asesora gratuitamente sobre los productos más convenientes. Resulta lógica su exclusión porque en la práctica opera como una sucursal bancaria, está registrado por el BdE y sometido a la normativa bancaria. No confundir con el intermediario que tiene firmados contratos de colaboración con empresas financieras –de crédito o no–, ya sea en exclusiva o no (multi-agente), de las que cobra vía comisión de apertura; al que le es plenamente aplicable la Ley 2/09.

a financiar lo que comercialice, tan solo le será de aplicación lo dispuesto en art. 22.5<sup>298</sup>. En consecuencia, los únicos intermediarios a quienes resulta plenamente aplicable la Ley 2/09 serían dos tipos de brókeres «hipotecarios» (término que usamos, aunque intermedien tanto en la obtención de hipotecas como en la refinanciación personal, para diferenciarlos de los brókeres de valores), cuales son el vinculado con una o varias financieras –sean o no entidades de crédito– y el denominado *intermediario independiente*, que según art. 19.3. II sería aquel que «*sin mantener vínculos contractuales que supongan afectación con entidades de crédito o empresas que comercialicen créditos o préstamos, ofrezcan asesoramiento independiente, profesional e imparcial a quienes demanden su intervención para la obtención de un crédito o préstamo*». Este último viene obligado a presentar al consumidor al menos tres ofertas vinculantes de financieras, entidades de crédito o no (art. 22.4), como garantía de independencia en el asesoramiento (cfr. art. 19.3. II *in fine*).

Nada menos que tres ofertas –como mínimo además– se le exige conseguir, lo que en la práctica dificulta su labor de independiente, pues no basta con las meramente comerciales; han de ser «vinculantes»<sup>299</sup>, cuando ya resulta complicado arrancar una sola que lo sea y que se ajuste a las exigencias del cliente, máxime si la entidad financiera sabe que la misma operación se tiene que presentar por dicho intermediario a otras entidades para llegar al corte mínimo exigido legalmente. ¿Y si el cliente no obtiene aquello a que tiene derecho al contratar un intermediario independiente? Dado el carácter imperativo de los derechos reconocidos por la Ley 2/09 a los consumidores (según su art. 2, tales derechos son «*irrenunciables, siendo nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de Ley, conforme a lo previsto en el artículo 6 del Código Civil*»), parece claro que tal intermediario no podría cobrar honorarios por la presentación de ofertas que no se ajusten a los parámetros establecidos, obviamente si no son vinculantes o si, aun siéndolo,

---

<sup>298</sup> Tal lo dispone el art. 1, pfo. 2.º, remitiendo a ese precepto, según el cual «*las empresas, en la actividad de intermediación, están obligadas, en todo caso, a prestar al consumidor la información que resulte exigible por la normativa específica sobre el contrato o contratos de préstamo o crédito que ofrezcan al consumidor*». Así, los API e inmobiliarias en general quedan exentos del resto de disposiciones si se limitan a buscar financiación, en este caso hipotecaria, para los inmuebles que comercializan; lo mismo cabe decir, v.g., del dentista o clínica oftalmológica que referencian créditos personales para financiar las correspondientes intervenciones.

<sup>299</sup> El Congreso rechazó la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado que pretendía modificar el art. 22.4 del Proyecto de Ley, para que se eliminara de dicho precepto la palabra «vinculantes», cuya justificación era que «*no tiene sentido presentar tres ofertas vinculantes, el encarecimiento del proceso lo haría inviable*» [enmienda n.º 31, en BOCG, Senado, Serie II. Núm. 8 (d), de 5.1.2009, p. 31].

se hayan obtenido en condiciones inasumibles para el cliente, y discutiblemente en caso de oferta vinculante adecuada pero en número insuficiente<sup>300</sup>.

Lo que admite poca discusión es que si el intermediario, contratado como independiente y no como vinculado (una u otra condición ha de constar en las comunicaciones comerciales y publicidad del intermediario, según art. 19.3. I Ley 2/09), realmente tiene vínculos con la entidad que apruebe la operación financiera, sería ilícito el cobro al cliente, por prohibirlo expresamente el art. 22.1 Ley 2/09<sup>301</sup>, e incluso tal situación se ha llegado a estimar judicialmente como causa de nulidad del propio contrato de intermediación<sup>302</sup>.

Otra cuestión se suscita sobre las ofertas vinculantes: la Ley 2/09 se refiere a estas, sin dar mayores datos, al tratar la intermediación independiente, al tiempo que dedica un artículo a la oferta vinculante en la parte relativa a la «*actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios*» (Capítulo II), actividad cuya regulación se limita en tal ley, como ya sabemos, a las entidades distintas a las de crédito. De aquí se colige que cuando se encargue al intermediario independiente la búsqueda de financiación hipotecaria, y esta pudiera aprobarse con: i) una entidad no crediticia, la oferta vinculante que ha de presentar al cliente es la prevista en art. 16 Ley 2/09, que remite a la forma y contenido señalados en OM 5.5.1994, referencia que hoy debe entenderse hecha a la OTPC (DA única Ley 2/09 y DF 1.ª OTPC) y concretamente a su art. 23; ii) una entidad de crédito, la oferta vinculante ha de ser la del art. 23 OTPC –que no contempla la obligatoriedad de entregarla, como sí hacía la OM 5.5.1994 y hace la Ley 2/09

<sup>300</sup> Las condiciones en que el cliente puede asumir la operación crediticia las conoce el intermediario y con ellas debe hallar la financiación a quien ha contratado sus servicios; por tanto, incumpliría su obligación si no le presentase ninguna oferta vinculante, cumpliría solo en apariencia si propone tres de tal carácter pero que haya conseguido a sabiendas de que serán objetivamente inasumibles por el cliente. Ahora bien, entendemos que si logra una oferta vinculante adecuada a dichas condiciones, acreditando su diligente búsqueda de otras en el mercado (v.g., vía negativas documentadas por financieras que estudiaron la operación que propuso el intermediario en condiciones asumibles por su cliente), y se pacta que en tal caso el cliente podrá desistir sin coste del contrato de intermediación –más allá del desistimiento libre dentro de los catorce días siguientes a la formalización que prevé el art. 21.2 Ley 2/09– o bien aceptar dicha oferta, sería razonable el cobro de retribución (siempre que su importe se haya pactado «*mediante documento en papel u otro soporte duradero*», como exige el art. 22.2 Ley 2/09) si optase libremente –la cláusula que previese la renuncia de antemano a la obtención de tres ofertas sería nula ex art. 2 Ley 2/09– por lo último, máxime cuando la oferta presentada acaso sea la mejor o única posibilidad de obtener la pretendida financiación.

<sup>301</sup> Que reza así: «*Las empresas que trabajen en exclusiva para una o varias entidades de crédito u otras empresas no podrán percibir retribución alguna de los clientes*». Su lógica es que el intermediario vinculado (generalmente por contrato de colaboración) con las entidades a las que acude, cobrará de estas si se cierra la operación.

<sup>302</sup> Así, SAP Madrid 19.5.2015, FJ 2.º

para las entidades no crediticias<sup>303</sup> – cuando la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el cliente sea una persona física (art. 19.1 OTPC).

Ahora bien, si la Ley 2/09 es aplicable a la intermediación a consumidores, personas físicas o jurídicas (art. 1.1<sup>304</sup>), para la obtención de todo tipo de financiación, ¿qué modelo de oferta vinculante ha de presentarse cuando se haya encargado la intermediación para un préstamo personal? Tratándose de un crédito al consumo, el previsto en art. 10 de la LCCC, al que remite el art. 8 de la misma ley, pero solo cuando el consumidor sea persona física (*vid.* art. 2.1 LCCC), de modo que la respuesta se torna complicada respecto al préstamo personal a la jurídica consumidora y también para el hipotecario inmobiliario (excluido de la LCCC, art. 3.a) a conceder por entidad de crédito (inaplicable art. 16 Ley 2/09) cuya garantía no sea una vivienda o, aun siéndolo, el cliente fuera persona jurídica (excluido del Capítulo II del Título III OTPC, art. 19.1).

Las constantes referencias en el Capítulo II Ley 2/09 a la OM 5.5.1994 (ya sea transcribiendo de manera casi literal su articulado o bien remitiéndose directamente a su contenido) ponen de manifiesto la intención legislativa de asimilar la regulación del préstamo hipotecario concedido por entidades no crediticias a la prevista para el concedido por entidades de crédito, mas desde el momento en que esta última ya no se contiene en dicha Orden sino en la OTPC, que la nueva regulación difiere de la anterior aun teniendo la misma finalidad, y que, a pesar de ello, las citas de la Ley 2/09 a la OM 5.5.1994 deben entenderse realizadas a la OTPC (DA única Ley 2/09 y DF 1.ª1 OTPC), resulta evidente el desajuste que ha traído consigo, no tanto la entrada en vigor de la nueva norma reglamentaria, sino la deficiente técnica consistente en sustituir sin más las referencias a una por la otra<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> En efecto, el art. 16.1 Ley 2/09 establece que «efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, *las empresas vendrán obligadas a efectuar una oferta vinculante* de préstamo o crédito al consumidor o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo o crédito», mientras que el art. 23.1 OTPC dispone que «una vez el cliente y la entidad hayan mostrado su voluntad de contratar un determinado servicio bancario de préstamo hipotecario, se disponga de la tasación correspondiente del inmueble y se hayan efectuado las oportunas comprobaciones sobre su situación registral y sobre la capacidad financiera del cliente (...), *este podrá solicitar a la entidad la entrega de una oferta vinculante*» (cursivas nuestras). La OTPC sí contempla la entrega obligatoria de oferta vinculante por la entidad crediticia en caso de hipoteca inversa (*vid.* art. 32.a).

<sup>304</sup> Tras la referencia inicial a los consumidores, el pfo. tercero señala que tienen tal consideración «las personas físicas y *jurídicas* que, en los contratos a que se refiera esta Ley, actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional» (cursiva nuestra), esto es, la misma definición de consumidor *ex* art. 3 TRLCU hasta su reforma por Ley 3/2014, que añadió la referencia a la actuación «sin ánimo de lucro» en ese ámbito ajeno para considerar consumidora a la persona jurídica.

<sup>305</sup> Que el espíritu de la Ley 2/09 era aproximar en la medida de lo posible su regulación a la existente en ese momento para las entidades de crédito, ya fue apuntado por ORDÁS ALONSO, M., bajo la vigencia de la OM 5.5.1994, poniendo el acento en la poco afortunada traslación («La contratación con los

Está por ver si el legislador nacional aprovecha la oportunidad que le brinda la obligatoria transposición de la Directiva 2014/17 para poner orden en este sector, habida cuenta que el mismo se va a ver afectado, pues la norma europea a adaptar es aplicable a los prestamistas (entidades de crédito y no crediticias) e «intermediarios de crédito»<sup>306</sup> en la celebración con consumidores de contratos de crédito: i) garantizados por hipoteca sobre inmuebles de uso residencial o por un derecho relativo a tales inmuebles; y ii) aquellos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (art. 3.1). De hecho, también se verá afectada la normativa española sobre financiación bancaria, recordando, con todo, que dicha Directiva es parcialmente de mínimos (*vid.* art. 2), y que sus disposiciones se entienden sin perjuicio de la Directiva 93/13<sup>307</sup>.

Dado que existen diferencias sustanciales entre las disposiciones de los Estados miembros referentes a las normas de conducta en la concesión de créditos a consumidores para inmuebles de uso residencial, así como por lo que respecta a la regulación y supervisión de los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias que otorgan contratos de crédito para dichos inmuebles; la Directiva 2014/17 pretende zanjar tales diferencias que obstaculizan la actividad transfronteriza, con la consiguiente reducción de la competencia y posibilidad de elección dentro del mercado, instaurando un marco común que comprende la armonización del sector financiero para la adquisición de tales inmuebles no solo mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados sino también a través de normas prudenciales *pro con-*

---

consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo», en AC, n.º 9/2009, versión electrónica, BIB 2009\758, p. 76), y tras la entrada en vigor de la OTPC, por la misma autora en «La difícil interpretación de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5/2013 (concretamente en p. 46), trabajo al que remitimos para un análisis *in extenso* de los problemas interpretativos de la Ley 2/09 que se plantean con dicha entrada en vigor.

<sup>306</sup> Con una concepción que no coincide con la prevista en Ley 2/09, pues para dicha Directiva el «intermediario de crédito» es «la persona física o jurídica que no actúa como prestamista ni notario, ni tampoco se limita a poner en contacto, directa o indirectamente, a un consumidor con un prestamista o intermediario de crédito, y que, en el transcurso de su actividad comercial o profesional y a cambio de una remuneración, que puede ser de índole pecuniaria o revestir cualquier otra forma de beneficio económico acordado: a) presenta u ofrece contratos de crédito a los consumidores; b) asiste a los consumidores realizando los trámites previos u otra gestión precontractual respecto de los contratos de crédito distintos de los indicados en la letra a); o c) celebra contratos de crédito con consumidores en nombre del prestamista» [art. 4.5) Directiva 2014/17]. En consecuencia, el «intermediario de crédito vinculado», que para la Ley 2/09, al igual que el independiente, no celebra contratos de crédito en nombre del prestamista; sí para dicha Directiva, con la especialidad de que actúa «en nombre y bajo la responsabilidad plena e incondicional» de un prestamista o grupo de ellos [art. 4.7) Directiva 2014/17].

<sup>307</sup> Así, el Considerando 50 de la Directiva 2014/17, refiriéndose a lo dispuesto sobre productos y servicios accesorios.

*sumatore*<sup>308</sup>. Por su parte, los instrumentos modernizadores europeos no proponen una regulación de tales operaciones; solo el DCFR contiene normas propias para el contrato de préstamo (Libro IV. F), mas inaplicables a dicho sector, pues su art. IV.-F.-1:101(1) excluye de esta parte específica a los préstamos cuyo destinatario sea un consumidor y aquellos que tengan por finalidad la adquisición o conservación de inmuebles.

Hecha esta visión panorámica sobre la normativa a tener en cuenta, lo cierto es que, por la complejidad de las variables que inciden en la contratación que nos atañe, se ha pretendido por el legislador nacional –con mayor o menor fortuna– y europeo ayudar al consumidor en su identificación imponiendo el uso de un concreto clausulado uniforme que, teóricamente, facilitará a aquel la comparación de las ofertas existentes en el mercado y la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos. Prueba de ello es, en cuanto a la *documentación precontractual*, el folleto informativo y la oferta vinculante a entregar por las entidades no crediticias con el contenido previsto en anexo I y II, respectivamente, de la OM 9.5.1994, según Ley 2/09 (arts. 13 y 16), referencia que hoy ha de entenderse realizada a los anexos I y II de la OTPC, que contemplan los modelos de Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), mediante las cuales se facilitarán por las entidades crediticias la oferta comercial y la vinculante de sus préstamos hipotecarios (arts. 21-23 OTPC); mientras que en la Directiva 2014/17 el prestamista, entidad crediticia o no, debe suministrar información previa personalizada mediante la entrega de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) que figura en su anexo II (art. 14.2). Y en cuanto a la *documentación contractual*, la obligación de que en el instrumento en que se formalice el préstamo consten, debidamente separadas de las restantes, las cláusulas financieras cuyo contenido mínimo, que no podrán desvirtuar las otras cláusulas, se ajustará a la información prevista en la FIPER; tanto para entidades de crédito como no crediticias (art. 29 OTPC y art. 17.5 de la Ley 2/09 en relación con su DA única y DF 1.<sup>a</sup> OTPC).

Paradójicamente, esa uniformidad, con la que se pretende auxiliar al cliente en la toma de una decisión fundada sobre la conveniencia de contratar,

---

<sup>308</sup> Para un estudio *in extenso* de tales normas *vid.* ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)», en *RDC*, vol. II, n.º 2, 2015, pp. 1-30 ([www.nreg.es](http://www.nreg.es)); LAUROBA LACASA, M. E., «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en Barral Viñals, I./Tornos Mas, J. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*, Barcelona, 2015, pp. 217-233; Díaz Alabart, S. (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, 2015.

ha servido a las entidades financieras para sostener la inaplicación de la LCGC a los préstamos hipotecarios por la regulación específica de sus condiciones (la exclusión pues prevista en art. 4. II LCGC), y también se ha sustentado en que la «minuciosa» regulación del recorrido preparatorio de tales contratos garantiza *per se* que sus condiciones no se impongan, ausencia de imposición que entonces vedaría su consideración de abusividad. Esta argumentación, que invoca una norma tuitiva del contratante débil (la OM sobre transparencia) para negar la aplicación de otra normativa protectora (la LCGC y el TRLCU, al que remite aquella para el control de contenido), encontró acogida por cierto sector judicial en el contexto del enjuiciamiento de las cláusulas *suelo*, a cuyo estudio remitimos sobre la cuestión (*vid.* epígrafe 4.4.2. C).

En el análisis que sigue sobre la concreta tipología contractual partimos de la presunción declarada por el Tribunal Supremo, cual es que las cláusulas utilizadas por las entidades financieras en sus contratos con consumidores constituyen condiciones generales, susceptibles de control de abusividad, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que existió negociación y las contrapartidas que el concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional<sup>309</sup>.

#### 4.4.2 Estipulaciones que rigen el pago del préstamo

##### A) SISTEMA AMORTIZATIVO. ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA FRANCÉS Y LA AMORTIZACIÓN NEGATIVA

La devolución del préstamo, ya sea civil o mercantil, es la obligación esencial del prestatario (art. 1753 CC y art. 312 CdC), lo cual se hace vía amortización, esto es, el proceso de cancelar la deuda con sus intereses (si se

---

<sup>309</sup> La STS 22.4.2015, dictada en Pleno, lo expresa así en FJ 3.º, pto. 3: «*el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor; lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente*». Aunque referido al bancario (la STS 29.4.2015 se manifiesta en términos similares, relacionando otros sectores *ad exemplum*: *vid.* FJ 7.º, ptos. 4 y 5), el argumento sería predicable del –más amplio concepto– sector financiero, esto es, entidades de crédito y no crediticias que prestan financiación, por la pretendida aproximación regulatoria de estas últimas a las crediticias en lo que se refiere a la celebración de préstamos hipotecarios con consumidores, tanto en el uso de un clausulado uniforme como en el proceso de contratación en sí.

hubieren pactado<sup>310</sup>) por medio de pagos periódicos<sup>311</sup>. El sistema de amortización elegido por la entidad financiera determina cuál va a ser el «término amortizativo»<sup>312</sup>, luego también formaría parte del objeto principal del contrato<sup>313</sup>. Por tanto, las cláusulas no negociadas individualmente con el prestatario consumidor, predisuestas por la entidad prestamista para establecer la estructura de amortización, quedarán sujetas a control de transparencia en orden a dilucidar si adolecen de una oscuridad (que no contenido) abusiva, habida cuenta de que las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas<sup>314</sup>.

En principio, lo lógico sería establecer un sistema por el que la parte de capital y de interés a pagar en cada período fuera proporcional al tiempo y al tipo pactado. Mas esto no siempre acontece, de hecho, en uno de los sistemas más extendidos, el denominado *sistema francés*, la parte del término amortizativo destinada al pago de intereses (la cuota de interés) va siendo cada vez menor, mientras que será cada vez mayor la parte correspondiente al pago del

<sup>310</sup> Al respecto remitimos *infra*, epígrafe 4.4.2. B.

<sup>311</sup> Incluso en sistemas amortizativos en que el principal ha de devolverse de una sola vez al final de la vida del préstamo hay pagos periódicos, solo que únicamente serán de intereses. Tal ocurre con el denominado *sistema americano*, donde los intereses en cada período son cuantitativamente iguales pues, como en tales cuotas no se paga nada de principal, el capital vivo al inicio de dichos períodos –sobre el que se calculan los intereses– es exactamente el mismo; o su variante «*sinking-fund*», que implicando también la liquidación periódica de intereses con una devolución total del capital prestado en un solo pago, se diferencia en que el prestatario, con vistas a disponer de la liquidez necesaria para pagar al final el principal, va realizando durante la vida del préstamo aportaciones a un fondo de amortización.

<sup>312</sup> Esto es, cada uno de los pagos que realiza el prestatario al prestamista, ya sea con periodicidad mensual, semestral, anual, etc. El término amortizativo, a pagar por el prestatario al final del período, se desglosa en la suma de dos componentes: i) intereses, calculados aplicando el tipo de interés, fijo o variable, del préstamo sobre el *capital vivo* –capital que queda por devolver– al inicio del período; ii) una parte del capital prestado, denominada *cuota de amortización*, que no será tal en los préstamos con «sistema americano», donde las únicas cuotas que hay durante su vida son de intereses (cada uno de los términos amortizativos de estos préstamos no contiene cuota de amortización, solo de interés, a la que se adiciona en la modalidad «*sinking-fund*» la correspondiente aportación al fondo), pues en tales préstamos, como vimos en la nota precedente, el capital prestado se devuelve de una sola vez al finalizar la operación. En el resto de sistemas, las cuotas de amortización y de interés (integrantes ambas del término amortizativo) se pagan al final de cada período, con la excepción del llamado *sistema alemán*, caracterizado porque el interés de cada período se abona al inicio de dicho período, de forma que el interés correspondiente al primer período se paga en el momento de la concesión del préstamo, y al final de cada período un término amortizativo que comprende la cuota de amortización del período y la cuota de interés del período siguiente. En general, el precálculo de intereses sobre capital amortizable en el período entrante no transcurrido es objetivo: cfr. STS 10.10.2001, FJ 1.º, respecto a un préstamo con método francés (sistema que trataremos a continuación) en el que el prestamista liquidaba los intereses por años anticipados.

<sup>313</sup> Ya se entienda en sentido subjetivo (determinante del *consensus*), en sentido objetivo-abstracto o estructural (elemento necesario del tipo de contrato) o, según la jurisprudencia del TJ, en sentido objetivo-concreto en cuanto «prestaciones esenciales de ese contrato que como tales lo caracterizan» (SJPI n.º 1 Fuenlabrada, 3.10.2014, FJ 3.º, A).

<sup>314</sup> Así de tajante se titula el FJ 11.º de la STS 29.4.2015.

principal (la cuota de amortización). En este sistema se trata de lograr que los términos amortizativos permanezcan *constantes* durante la vida del préstamo (que sean cuantitativamente iguales en cada período), y para procurarlo se ordenan de manera que al principio se paga una cantidad muy superior de intereses que de capital, *ergo* pasados los primeros años queda gran parte de capital sin amortizar, pese a los importantes desembolsos realizados por el prestatario<sup>315</sup>. Siendo este *consumidor, debe estar perfectamente informado al respecto*, de forma que sea consciente del real alcance de las cláusulas predisuestas que imponen este sistema, so pena de llegar a declararse su abusividad por falta de transparencia sustancial, máxime cuando puede acarrear, entre otras consecuencias<sup>316</sup>, las siguientes:

i) Si el consumidor logra una rebaja en el tipo aplicable, a partir de una fecha deja de ser efectiva por cuanto la mayor parte de los intereses ya se han cobrado y, aunque quede gran parte del capital pendiente, dicha rebaja es poco perceptible en la práctica, salvo que se deduzca lo correspondiente en las siguientes cuotas.

ii) En caso de impago, el consumidor puede verse frente a una ejecución hipotecaria en que se le reclame la práctica totalidad del capital prestado, pese haber estado pagando durante años los términos amortizativos.

iii) En supuesto de «cancelación subrogatoria» *ex* LSMPH, la compensación por amortización anticipada puede resultar elevada (disuasoria pues) ya que se calcula sobre el capital vivo (para préstamos concertados antes del 9.12.2007 *vid.* art. 3 LSMPH, para los formalizados después *vid.* arts. 7-9 Ley 41/2007), incluso dar lugar a un enriquecimiento injusto de la entidad financiera, pues sus legítimas expectativas de ganancia –el interés remuneratorio, cuya presunta pérdida se trata de compensar– podrían haberse satisfecho sobradamente.

De enriquecimiento injusto ha hablado el Tribunal Supremo al analizar un préstamo con sistema de amortización francés, en el que la entidad financiera liquidaba los intereses por años anticipados y luego los fraccionaba trimestralmente en pagos de igual montante, de suerte que el prestatario iba amortizando, a lo largo del año y de manera trimestral, parte del capital a un

<sup>315</sup> Pues se han dirigido principalmente a pagar intereses, como señala OROZCO PARDO, G., «Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *AC-M*, n.º 10/2002, versión electrónica, BIB 2002\1287, p. 36.

<sup>316</sup> *Vid. in extenso* OROZCO, *op. cit.*, pp. 37 y 38, acerca de las razones que da en orden a poder considerar abusivo el clausulado que impone el sistema francés.

tipo de interés que se había precalculado a principios de año, con la traducción práctica de que dicha entidad cobraba intereses sobre capital ya amortizado<sup>317</sup>.

Especial atención merecen los préstamos cuyo reembolso resulta superior al capital inicial, lo cual puede acontecer por establecerse una carencia total durante una parte de su vida (en que no se paga principal ni interés, que no obstante se debe, de modo que los intereses no satisfechos durante la carencia se acumulan al capital de partida), un pago mínimo (préstamos «*Neg-Am*» originarios del mercado estadounidense, que implican aumentos en el saldo por principal cuando los pagos mínimos periódicos son insuficientes para cubrir los intereses que se devengan<sup>318</sup>), o un sistema de *términos amortizativos crecientes* (lo que aquí se llamó «hipoteca creciente» o «hipoteca montaña») cuyo efecto puede llegar a ser el de los préstamos «*Neg-Am*», esto es, la *amortización negativa*, denominándose así el fenómeno por el cual la estructura de amortización del préstamo es tal que los términos amortizativos no alcanzan a pagar los intereses, que son capitalizados e incrementan el saldo vivo pendiente de pago.

Las hipotecas crecientes, caracterizadas por sus términos amortizativos que varían en progresión geométrica, no suelen presentar problemas cuando se pactan a tipo fijo, pues el prestatario conoce (*rectius*, ha de conocer vía transparencia) de antemano cuál será la cuota periódica en función de la progresión estipulada —un incremento generalmente anual—; mas cuando tienen un tipo de interés variable, la cuota también variará en función del índice de referencia y el diferencial que se establezca, por lo que puede llegar un momento en que los pagos periódicos no absorban el importe de los intereses devengados en el período. Si la capitalización de la diferencia es la medida correctora de esta situación<sup>319</sup>, el mayor capital exigirá intereses más altos, los cuales a su vez no alcanzan a ser cubiertos, luego la parte no cubierta se adiciona nuevamente a

---

<sup>317</sup> Lo que, para la STS 10.10.2001, FJ 1.º, constituía en ese caso «una ilegalidad y un enriquecimiento no justificado».

<sup>318</sup> Los préstamos de amortización negativa (*negative amortization*, de ahí el acrónimo «*neg-am*») se crearon pensando en aquellos prestatarios que no pudieran asumir el interés periódico, dándoseles la posibilidad de no pagar su totalidad sino una cuota mínima de un reducido importe. Así, la parte de intereses no satisfecha se acumula al principal, que va incrementándose durante un tiempo determinado y hasta un límite preestablecido, sobrepasado el cual desaparecen los pagos mínimos, que pasan a ser íntegros con la consiguiente abrupta subida de la mensualidad y debiéndose más de principal que al inicio del préstamo.

<sup>319</sup> Otras medidas posibles son: i) incrementar las cuotas en el respectivo importe; ii) convertir el préstamo en amortizable por otro sistema, generalmente el francés; iii) alargar el plazo de amortización, etc. De conformidad con las buenas prácticas bancarias, la entidad financiera debiera dirigirse a su cliente para llegar a una solución consensuada, teniéndose además en cuenta que toda modificación del método de cálculo aplicable requiere el consentimiento de sus clientes aun cuando opere en beneficio de éstos.

la deuda y así cíclicamente, por lo que el prestatario termina debiendo más que el monto original del préstamo.

Por tanto, en los préstamos «Neg-Am» y aquellos otros donde hay posibilidad de amortización negativa (en general, las modalidades que surgieron cuando el valor de los inmuebles hipotecados aumentaba a tal velocidad que superaba el incremento del monto deudor), la estructura amortizativa debe ser absolutamente transparente para que el consumidor pueda valorar cabalmente si le compensa asumir una deuda que puede subir (con el consiguiente riesgo de no poder afrontarla) a cambio de un crédito más accesible inicialmente. Estas operaciones no pueden realizarse de forma indiscriminada, como han visto las autoridades estadounidenses nítidamente al prohibir la amortización negativa en determinados préstamos hipotecarios<sup>320</sup> y establecer la obligación de ser advertida expresamente en aquellos en que se admite<sup>321</sup>. Por su parte, el legislador europeo ha contemplado en la Directiva 2014/17, además de la importancia de evaluar adecuadamente la solvencia del consumidor<sup>322</sup>, la necesidad de que este reciba información personalizada con antelación suficiente a la celebración del contrato, al objeto de que pueda comparar y sopesar las características de los distintos productos crediticios, debiendo facilitársele, como parte de la FEIN, una tabla ilustrativa de amortización cuando el crédito sea con intereses diferidos, en el que los intereses adeudados no se reembolsen en su totalidad mediante las cuotas sino que se añadan al importe del crédito pendiente<sup>323</sup>; así como, en tal caso, una explicación del modo y momento en que los intereses diferidos se añadirán en forma de importe en efectivo, y de las

<sup>320</sup> § 1639 (f) del Título 15 *United States Code* (U. S. Code): «A mortgage referred to in section 1602 (aa) of this title may not include terms under which the outstanding principal balance will increase at any time over the course of the loan because the regular periodic payments do not cover the full amount of interest due».

<sup>321</sup> § 226.19 (b) del Título 12 *Code of Federal Regulations* (CFR): «If the annual percentage rate may increase after consummation in a transaction secured by the consumer's principal dwelling with a term greater than one year, the following disclosures must be provided at the time an application form is provided or before the consumer pays a non-refundable fee, whichever is earlier: (...) (2) A loan program disclosure for each variable-rate program in which the consumer expresses an interest. The following disclosures, as applicable, shall be provided: (...) (vii) Any rules relating to changes in the index, interest rate, payment amount, and outstanding loan balance including, for example, an explanation of interest rate or payment limitations, *negative amortization*, and interest rate carryover» (cursiva nuestra).

<sup>322</sup> «Aunque el valor del bien inmueble es un elemento importante para determinar la cuantía del crédito que puede concederse a un consumidor al amparo de un contrato de crédito garantizado, *la evaluación de la solvencia debe centrarse en la capacidad del consumidor* para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. En consecuencia, *la posibilidad de que el valor del bien inmueble pueda rebasar el importe del crédito o pueda incrementarse en el futuro no debe constituir por lo general una condición suficiente para conceder el crédito* en cuestión» (Considerando 55, cursivas nuestras).

<sup>323</sup> Considerando 40 y Anexo II, Parte B, Sección «7. Tabla ilustrativa de reembolso», aptdo. 1. La inclusión de esta tabla se prevé en ese caso y en el de créditos con tipo fijo, no obstante se contempla la posibilidad de que los Estados miembros dispongan que dicha tabla sea obligatoria en otros supuestos.

consecuencias para el consumidor respecto de la deuda restante, explicación a incluir en la parte de la FEIN relativa al importe de cada cuota<sup>324</sup>.

Mientras el legislador español no transponga dicha Directiva, la OTPC obliga a que conste, tanto en la FIPRE como en la FIPER, «*de qué forma se reembolsarán el capital y los intereses durante la vigencia del préstamo (esto es, reembolsos constantes, crecientes o decrecientes)*»<sup>325</sup>, y en esta última, siempre una tabla de amortizaciones con aviso, si ha lugar, de que pueden variar las cuotas ahí recogidas (sección 6). Mas en la parte de la FIPER dedicada a «riesgos y advertencias» (sección 14) nada se contempla sobre la amortización negativa ni los préstamos en que puede producirse<sup>326</sup>. No obstante, la exigencia de advertir expresamente la posibilidad de amortización negativa derivaría del marco protector del consumidor que contrata mediante clausulado predispuesto e impuesto por el profesional (LCGC y TRLCU). Y es que en dicho marco el prestamista debe presentar una *estructura de amortización transparente*, no solo formalmente, sino también, en tanto que la misma cumple una función definitoria o descriptiva esencial, *sustancialmente*, que el consumidor pueda pues conocer sus consecuencias (entre ellas, por tanto y en su caso, el riesgo de la amortización negativa) desde la amplitud de la información facilitada en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y sus cláusulas.

Si por incurrir en oscuridad sustancial el clausulado que estableciera el sistema de amortización, generase una alteración del equilibrio *subjetivo* del contrato (esto es, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención

<sup>324</sup> Anexo II Directiva 2014/17, Parte B, Sección «6. Importe de cada cuota», aptdo. 8.

<sup>325</sup> Anexos I y II OTPC, Parte B, Sección «2. Características principales del préstamo», aptdos. 3 y 1, respectivamente.

<sup>326</sup> Los préstamos que, en su caso, han de constar expresamente en esta sección, son el préstamo en divisa, para el se ha de advertir que «el importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio», y el «*préstamo de solo intereses*», expresión con la que el legislador no parece referirse a los préstamos «Interest-Only» o «IO» originarios de EEUU, donde se empezaron a comercializar en pleno auge de demanda crediticia e incremento de los precios de los inmuebles. Se caracterizan por una carencia parcial durante una parte de su vida (en que se pagan intereses sin amortizar nada de capital), tras la cual el prestatario, salvo que cancele la deuda viva o consiga refinanciar el préstamo, tendrá que pagar cuotas mucho más altas –pues comprenden capital e intereses–, por lo que corre el riesgo de no poder afrontarlas. Pero no es este el riesgo a indicar en la sección 14 FIPER, a la vista del modelo previsto en el Anexo II OTPC, donde se puede leer «(Si ha lugar) Este es un préstamo de solo intereses. *Ello quiere decir que, durante su vigencia, necesitará reunir capital suficiente para reembolsar el importe del préstamo en la fecha de vencimiento*» (cursivas nuestras). En las instrucciones para cumplimentar la FIPER (Parte B del Anexo II) no se añade otra cosa que la obligación de indicar las advertencias de la sección 14 de forma destacada. Por tanto, parece estar pensando el legislador, más que en el préstamo IO, en el sistema de amortización americano al que nos referimos en notas precedentes, esto es, el caracterizado por devolverse el principal en un solo pago al final de la vida del préstamo, pagando hasta entonces (es decir, durante toda su vida, no durante un período concreto, que en el préstamo IO suele ser de 5 años) intereses el prestatario.

a las circunstancias concurrentes en la contratación) que pasara inadvertida al adherente medio, dando lugar a efectos negativos para el prestatario consumidor, procedería apreciar su carácter abusivo y declararse su nulidad<sup>327</sup>. Ahora bien, la pura erradicación del sistema amortizativo estipulado tendría la consecuencia de hacer seguidamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por tanto puede penalizar a este más que al prestamista, eliminando así el efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13, razón por la que la jurisprudencia europea que la interpreta ha permitido la integración del contrato que no pudiera subsistir sin el clausulado reprobado vía sustitución de este por una disposición supletoria del Derecho nacional (Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 84 y 85; Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 33), jurisprudencia de la que se ha hecho eco el Tribunal Supremo para extraer de ella la conclusión de que la apreciación de abusividad de una cláusula conlleva su pura supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor (STS 22.4.2015, FJ 6.º, ptos. 2 y 4).

El problema entonces es que, al carecer nuestro ordenamiento de una norma supletoria de la reglamentación a sustituir en este caso (no hay previsión legal que determine el sistema de amortización en defecto de pacto<sup>328</sup>), no parece claro que pueda procederse a la integración admitida por la jurisprudencia europea<sup>329</sup>, a lo que hemos de añadir las reservas que ya hicimos (epígrafe 3.2.2. C. II) sobre la propia posibilidad integradora en abstracto desde que se reformara el art. 83 TRLCU, esto es, desde que este precepto ya no

<sup>327</sup> Cfr. SSTS 24.3.2015 (FFJJ 3.º, pto. 3, y 7.º, pto. 2) y 29.4.2015 (FJ 14.º, ptos. 3 y 6).

<sup>328</sup> Antes al contrario, si nada se hubiera pactado se entiende que el prestatario debe tener siempre a disposición del prestamista el *tantumdem* para restituirlo cuando se pida, lo que el art. 313 CdC condiciona al cumplimiento de determinada formalidad: «en los préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento, no podrá exigirse al deudor el pago sino pasados treinta días, a contar desde la fecha del requerimiento notarial que se le hubiere hecho». Cuando tal precepto habla de «pago» lo hace en el sentido de restitución de la cantidad prestada, habida cuenta de que el art. 312 CdC dispone que, consistiendo el préstamo en dinero, *pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida* («otro tanto» –*tantumdem*– en palabras del art. 1753 CC, referente al simple préstamo o mutuo), y que, en abstracto, el precio –el interés del préstamo– no es esencial a tenor de los arts. 314 y 315 CdC.

<sup>329</sup> Como el TJ no menciona la norma dispositiva como instrumento *primario* de integración sino como el único cauce autorizado, es dudoso que el juez nacional pueda integrar acudiendo al uso mercantil sin contravenir la jurisprudencia europea. Mas si lo hiciera, por ejemplo reestructurando un préstamo con amortización negativa por el sistema francés (que es el más usado en España), se produciría un efecto negativo para el prestatario en las fases iniciales del préstamo, pues habría de abonar un término amortizativo mayor que el que correspondía por el sistema sustituido, luego solo sería beneficiosa para el consumidor tal reconfiguración en la fases en que por el sistema estipulado en el contrato se alcanzara una mensualidad no soportable para aquel, como ha apuntado la SJPI n.º 1 Fuenlabrada, 3.10.2014, FJ 3.º, D.

contempla la integración judicial tras declararse nulo el clausulado abusivo. Precisamente con su redacción actual no cabría más que la nulidad total del contrato que no pudiera subsistir sin las cláusulas reprobadas.

Si hubiere que procederse por dicha nulidad a la liquidación del préstamo, sus intereses y la comisión de apertura cobrados al consumidor tendrían que restituirse por la entidad financiera, pero aquel habría de restituir el capital que no haya sido ya amortizado al tiempo de declararse la nulidad total. Presupuesta la compensación, el saldo deudor podría ser inasumible para el consumidor si tuviera que abonarlo de una sola vez, luego *el prestamista que ha provocado esta situación se vería privado a priori de los intereses*<sup>330</sup> (lo que la LCCC contempla como sanción por omisión de cláusulas obligatorias<sup>331</sup>, conservando el consumidor el beneficio del plazo para reembolsar el principal<sup>332</sup>, beneficio que no cabe en la liquidación del préstamo nulo por usurario<sup>333</sup>), *pero puede contar con la exigibilidad de intereses al tipo legal incrementado en dos puntos desde que se dictase la sentencia que ordenara la restitución por efecto de la nulidad contractual*—esto es, los intereses de la mora procesal *ex art. 576 LEC*, cuyo tipo puede incluso superar el pactado

<sup>330</sup> En su concepción amplia *ex art. 315 CdC*, que reputa interés *«toda prestación pactada a favor del acreedor»*.

<sup>331</sup> Concretamente, cuando no se menciona en el contrato de forma clara y concisa *«el importe, el número y la periodicidad de los pagos que deberá efectuar el consumidor y, cuando proceda, el orden en que deben asignarse los pagos a distintos saldos pendientes sometidos a distintos tipos deudores a efectos de reembolso»*, en cuyo caso *«la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos»* (art. 21.3, en relación con art. 16.2.h, ambos de la LCCC).

<sup>332</sup> El art. 21.3 LCCC penaliza al prestamista manteniendo el beneficio del plazo para el consumidor, por cuanto la obligación de restitución se reduce a pagar *«el nominal del crédito en los plazos convenidos»*, previendo en caso de omisión o inexactitud de los plazos que *«dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato»*. Como acertadamente dijo, bajo la vigencia de la LCC [cuyo art. 7.b) pasó al actual art. 21.3 LCCC], la SAP Córdoba 24.3.2010 (FJ 1.º), la omisión de la relación del importe, número y periodicidad de pagos para reembolso del crédito, lo que en su conjunto se conoce como «cuadro de amortización», recibe una sanción de mayor alcance que la omisión de la TAE, *«puesto que la ineficacia del pacto de intereses no se ve compensada con el interés legal, como ocurre si se omite la TAE»* [letra a) del art. 7 LCC, actual art. 21.2 LCCC], *«sino con la inexigibilidad absoluta por parte del acreedor de los intereses pactados, ya que ante tal eventualidad, el deudor solo debe pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. Además, si la omisión se refiere a los plazos o éstos son inexactos, se establece como sanción, añadida a la anterior, que el pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato»*.

<sup>333</sup> Dispone el art. 3 Ley Azcárate que *«declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida...»*, imputando al capital los intereses abonados, sin prever su reducción a un tipo distinto y adecuado a la naturaleza del negocio (*«...y si hubiere satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»*), según ha dicho la STS 14.7.2009 (FJ 4.º), interpretando que el régimen legal del préstamo usurario determina que *«queda a voluntad del propio prestamista el momento en que, reclamado su cumplimiento y declarada tal nulidad, habrá de recibir la cantidad efectivamente entregada»*, debiendo el prestatario devolver lo recibido *«sin que para ello haya de tenerse en cuenta plazo alguno establecido para tal devolución, ya que su fijación queda comprendida en la ineficacia absoluta y total de lo convenido»* (cursivas nuestras).

en el período correspondiente—, de manera que podría no verse disuadido de incumplir las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13 y la normativa nacional que la transpone, porque parte del capital lo habría recuperado constante el préstamo y el resto, ante la más que probable imposibilidad de su restitución de golpe por el consumidor, cabría recuperarlo en ejecución de sentencia donde el prestamista puede pedir el despacho por principal, intereses y el treinta por ciento de la suma de ambos conceptos (art. 575.1 LEC).

Beneficiaría pues al prestamista que no se le restituyera voluntariamente el capital pendiente, posibilidad que es mayor cuanto más hubiese quedado por amortizar, y cuanto mayor sea esa parte menos le perjudicaría la privación de intereses remuneratorios, porque sobre la cantidad pendiente de reembolso se calcularían los intereses procesales, que irían devengándose (desde la declaración judicial de nulidad) y creciendo cuanto más tardase el consumidor en saldar la deuda, que ya no solo consistiría en el principal. Y si difícilmente pudiera el consumidor reembolsar de golpe lo que no se hubiera amortizado constante el préstamo, más complicado sería que pudiera consignar en la ejecución que se instase la cantidad por la que se hubiese despachado (única forma de paralizar el devengo de intereses) conforme vimos antes, consignación que solo tendría sentido si pretendiera oponerse, pero tratándose de una ejecución de título judicial no tendría causa legal de oposición. En consecuencia, el prestamista no solo recuperaría íntegramente el capital prestado —parte vigente el préstamo, parte en ejecución— sino que también cobraría, en una ejecución que se puede alargar vía embargo al consumidor, unos intereses que no serían significativamente inferiores a aquellos que podría tener derecho a cobrar si hubiera cumplido su deber de transparencia.

Por tanto, dado que la «sanción» que en teoría recibiría el prestamista, responsable de una oscuridad abusiva que condujera a la declaración de nulidad total por imposibilidad de integrar judicialmente por el cauce admitido, sería únicamente el verse privado de los intereses del préstamo declarado nulo, si tal sanción se viera debilitada, o incluso perdiera toda virtualidad, porque la aplicación de los intereses procesales sobre la parte de capital que debe y no logra restituirle inmediatamente el consumidor puede compensar los efectos de esa privación, de ello se deduciría no solo una hipótesis contraria al efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13 sino incluso la evidencia de un régimen acaso reprochable desde el punto de vista europeo (cfr. STJ 27.3.2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, aptdos. 53-55), en tanto que el art. 576

LEC no prevé salvedad a la exigencia de sus intereses que evitara situaciones de este tipo<sup>334</sup>.

De lo expuesto resulta que *la vía* (excluyendo la intervención legislativa) *que impediría una situación a todas luces injusta y a su vez respondiera adecuadamente a la preocupación señalada por el Tribunal de Justicia* –y seguida por el TS– respecto al perjuicio que se deriva al consumidor que, además de padecer el abuso, tiene que devolver inmediatamente el saldo ante la nulidad contractual, *sería que el juez, al declarar nulo el préstamo, fijara un tiempo razonable para su efectiva liquidación, de manera que el consumidor pudiera restituir lo que le corresponde en varios pagos financieramente equivalentes al pago único que en otro caso resultaría exigible*. Ello posibilitaría el cumplimiento voluntario de la sentencia por el consumidor y el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 y legislación nacional de transposición, pues la entidad financiera sabría que, de incumplir los deberes inherentes a dicha normativa, no podría recuperar en ejecución forzosa nada de los intereses que perdiera como consecuencia de la nulidad que provocara su actuación, porque dicha ejecución simplemente no acontecería.

Con todo, recordemos que si el juez apreciara de oficio el carácter abusivo del clausulado, debe informar de ello al consumidor antes de determinar las consecuencias de tal apreciación, por tanto en caso de que su pura supresión conllevara la nulidad total del contrato y consiguiente efecto restitutorio *ex art. 1303 CC*, no estaría obligado el juez a excluir la aplicación del clausulado en cuestión si el consumidor manifestara su disconformidad por entender que ello le resultara más perjudicial que si lo estipulado le fuera vinculante (cfr. Sentencia *Pannon GSM*, aptdo. 33); lo que, traído al asunto que nos ocupa, supondría que, de apreciarse *ex officio* la abusividad del sistema de amortización estipulado –por oscuridad sustancial–, el juez, antes de declarar la even-

---

<sup>334</sup> El aptdo. 2 de tal precepto permite al juez decidir sobre estos intereses conforme a su prudente arbitrio, pero solo en casos de revocación parcial, y el aptdo. 3 deja a salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas. En cambio, en el Derecho francés, el art. L. 313-3 *code monétaire et financier* (Código económico y financiero) prevé en su pfo. 2.º la posibilidad de que el juez que conoce de la ejecución, a solicitud del deudor, le exima del incremento del interés al tipo legal establecido en su pfo. 1.º (de cinco puntos tras dos meses desde que adquiriese fuerza ejecutiva la resolución judicial que condenara al pago de una cantidad pecuniaria) o reduzca su importe, teniendo en cuenta la situación del deudor. En el caso examinado por la Sentencia *LCL Le Crédit Lyonnais*, dicha posibilidad era insuficiente para hacer realmente disuasoria la sanción de privación de intereses *ex art. L. 311-48*, pfo. 2.º, C.consom, porque en la práctica dicha medida de exención o reducción solo se concede judicialmente en la ejecución atendiendo a la situación económica del deudor, no a la gravedad de los incumplimientos del acreedor (que era el supuesto de hecho: incumplimiento de evaluar adecuadamente la solvencia del prestatario), de ahí que sean muy escasos los supuestos en que un consumidor puede beneficiarse en la práctica de la medida prevista en art. L. 313-3, pfo. 2.º, *code monétaire et financier* tras la privación del derecho a intereses del prestamista (*vid.* Sentencia *LCL Le Crédit Lyonnais*, aptdo. 24).

tual nulidad total, habría de recabar la opinión del consumidor (y del profesional, ante el necesario debate contradictorio sobre la constatación de abusividad señalado por el TJ: *vid. supra*, epígrafe 3.1.1. C), para asegurarse su anuencia con dicha declaración y el régimen de liquidación del préstamo que se fuera a fijar consecuentemente en sentencia. Así, se garantizaría también su cumplimiento voluntario por el consumidor y, por tanto, el efecto disuasorio para el profesional conforme antes hemos explicado.

B) BASE DE CÁLCULO DE INTERESES ORDINARIOS. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL MÉTODO 365/360

Que el pago del préstamo se identifica con la devolución del capital recibido nos lo dice, para el de naturaleza mercantil (reputándose como tal cuando uno de los contratantes sea comerciante, *ex art. 311.1.ª CdC*), el art. 312 CdC, al disponer que, consistiendo el préstamo en dinero, *pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida*, «otro tanto de la misma especie o calidad» en palabras del art. 1753 CC, referente al simple préstamo o mutuo. Nuestro ordenamiento configura el préstamo dinerario, ya sea civil o mercantil, tal que en él lo sustancial es el pago del *tantundem*, no de intereses, los cuales pueden pactarse o no. Claramente lo dice el art. 1740 CC al distinguir entre comodato (préstamo de cosa no fungible, conservando el nombre romano), «*esencialmente gratuito*», y mutuo (préstamo de dinero o cosa fungible, denominándolo simple préstamo), que por contra «*puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses*», lo cual viene confirmado por el art. 1755 CC al disponer que él no se deberán intereses «sino cuando expresamente se hubieren pactado», lo mismo que el art. 314 CdC para el préstamo mercantil exigiendo su pacto por escrito, y el art. 315 CdC al decir que «*podrá pactarse el interés del préstamo*».

El carácter accesorio del precio en el préstamo supone que, en abstracto, este contrato puede existir sin pacto de intereses. Como reconoce el Tribunal Supremo, «*en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom*»<sup>335</sup>. Ahora bien, si se pacta el pago de interés como forma de remuneración, un elemento no esencial del tipo de contrato en abstracto (el precio en el préstamo) puede pa-

<sup>335</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 188.

sar a formar parte del objeto principal del concreto contrato<sup>336</sup>. No todas las cláusulas relativas al precio deben ser tenidas en cuenta en orden a la exención de control de fondo, sino las que sean descriptivas o definidoras del objeto principal del determinado contrato en el que se incluyen (el art. 4.2 Directiva 93/13 no distingue entre elementos esenciales o accesorios del tipo de contrato en abstracto). El interés remuneratorio que supone el precio del préstamo puede fijarse al tipo que se convenga<sup>337</sup>, siempre que no resulte usurario (límite que por cierto prevé el art. 573-11 PCM<sup>338</sup>); en consecuencia, la cláusula que lo defina no puede ser declarada abusiva por su contenido sino por su eventual falta de transparencia: el interés remuneratorio nunca es abusivo, puede ser usurario, y en caso de ocultarse al consumidor su real alcance mediante estipulaciones predisuestas no transparentes, estas serían susceptibles de sanción de nulidad por provocar una oscuridad abusiva.

Hecha esta puntualización sobre el clausulado que cumpla, en el concreto contrato celebrado, una función definitoria o descriptiva principal, cabría preguntarse si entra dentro de esta categoría la cláusula que en un préstamo con pacto de intereses (en cuyo caso, a la obligación esencialmente *natural* del prestatario, la devolución del capital, se uniría el pago de interés, *habitual* por el ánimo de lucro de las entidades financieras) contuviese, no el «tipo de interés» –porcentaje que aplicado sobre el capital indica el precio a pagar–, sino la «base de cálculo», esto es, el número de días utilizado para aplicar el interés en la operación financiera.

Si con la cláusula que estableciera el sistema de amortización del préstamo se define, indudablemente, el objeto principal del contrato (en abstracto y en concreto, porque describe el reembolso vía pago periódico del *tantundem*, prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza, con indepen-

---

<sup>336</sup> Ello explica, por ejemplo, que el TS haya declarado que las cláusulas suelen «forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato» (STS 9.5.2013, aptdo. 189), que las someta, no a control de contenido, sino de transparencia, y que, en caso de oscuridad sustancial, haya apreciado, por tal razón, su carácter abusivo y consiguiente nulidad (STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 6).

<sup>337</sup> En este sentido, el art. 315 CdC establece que «podrá pactarse el interés del préstamo, sin tasa ni limitación de ninguna especie», y el art. 4.1 OTPC que «los tipos de interés aplicables a los servicios bancarios, en operaciones tanto de depósitos como de crédito o préstamo, serán los que se fijen libremente entre las entidades de crédito que los prestan y los clientes, cualquiera que sea la modalidad y plazo de la operación».

<sup>338</sup> Dentro la sección relativa al préstamo dinerario mercantil, la PCM dedica un precepto a los «Límites al pacto de interés», título que lleva el art. 573-11, cuyo aptdo. 1 dispone que «Podrán pactarse los intereses del préstamo sin limitación alguna, siempre que, atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista, el préstamo no resulte usurario», referencia que supondría el contraste con los límites de la Ley Azcárate, sin perjuicio de que el aptdo. 2 señale que «En todo caso se reputará usurario el préstamo en que se declare recibida mayor cantidad que la efectivamente entregada».

dencia de que los términos amortizativos llevasen también la correspondiente cuota de interés), pudiendo decirse lo mismo de las que contuviesen el tipo de interés fijo o la acotación del variable (describen, de forma rígida o limitando la variación –mínimo/máximo a pagar–, la cuantía del interés, el precio a satisfacer por el prestatario como obligación que convencionalmente se engarza a la que por naturaleza es esencial formando un todo inseparable en el concreto préstamo celebrado); no resulta evidente que la estipulación sobre la base de cálculo cumpla esa función definitoria nuclear, de hecho, el propio Tribunal Supremo, en su interpretación del art. 4.2 Directiva 93/13, parece contraponer las cláusulas descriptivas del objeto principal del contrato y aquellas relativas al método de cálculo, citando incluso la opinión jurídica de la Comisión expresada en su *Informe de 27.4.2000*, según la cual están plenamente sometidas a control de fondo «*las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio*»<sup>339</sup>.

Entendemos que en dicha categoría entraría, por ejemplo, la cláusula de redondeo de intereses variables, por la cual estos se calculan en cada revisión ajustándolos al extremo del intervalo de valor superior (redondeo al alza) o inferior (redondeo a la baja). Si definiera el objeto principal del contrato no cabría –según la jurisprudencia nacional– examinar su contenido, cosa que sin embargo ha hecho el Tribunal Supremo declarando abusivo el redondeo que se estipulara siempre al alza<sup>340</sup>, estipulación que, desde la LMPC, forma parte de la lista negra de cláusulas abusivas por su falta de reciprocidad<sup>341</sup>. Por tanto, no hay razón aparente para dejar de controlar el contenido de la cláusula por la que se calcularan los intereses de una liquidación usando una medición tempo-

<sup>339</sup> Vid. COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, pto. III.1.c), p. 16; citado por la STS 9.5.2013 (apto. 187), tras lo cual señala que «*En este contexto, la literalidad de la Directiva 93/13/CEE: «las cláusulas que describen el objeto principal del contrato» y a «la definición del objeto principal del contrato», sin distinguir entre «elementos esenciales» y «no esenciales» del tipo de contrato en abstracto (...), sino a si son «descriptivas» o «definidoras» del objeto principal del contrato en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al «método de cálculo» o «modalidades de modificación del precio»*» (aptdo. 188, negrita nuestra).

<sup>340</sup> SSTS 4.11.2010, 29.12.2010 y 2.3.2011.

<sup>341</sup> Actualmente en art. 87.5 TRLCU, y antes en aptdo. 7 bis DA 1.ª LCU introducido por LMPC, se sanciona «*Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*». Sería, por tanto, válida la cláusula de redondeo a la baja, aunque en la práctica no se incluye por las entidades financieras en sus préstamos a interés variable, ya que, a diferencia del redondeo al alza, no les beneficia. Antes de la LMPC, la Ley 44/2002, de medidas de reforma del sistema financiero, prohibió el redondeo solo al alza en los créditos y préstamos con garantía hipotecaria, incluidos aquellos en que el prestatario no fuese consumidor, permitiendo únicamente el redondeo del interés al extremo del intervalo más próximo –alza o baja– sin poder sobrepasar el octavo de punto (0,125).

ral impuesta, pues en función de que esta sea real (un año tiene 365 días) o ficticia (suponer que un año dura 360 días, por tanto todos los meses 30 días), puede conllevar un cobro artificial de intereses que no cabría amparar en la manida libertad de fijación de precios<sup>342</sup> ni en un hipotético conocimiento de lo que tal imposición conlleva. Con esto no queremos decir que esa estipulación no deba ser examinada vía comprensibilidad sustancial –al contrario, siguiendo el criterio dado por el TJ al interpretar la Directiva 93/13, todas las cláusulas no negociadas individualmente en contrato B2C, caigan o no en su art. 4.2, deben ser comprendidas por el consumidor en cuanto a su real alcance–, lo que pretendemos resaltar es que sería susceptible de control de abusividad examinando su contenido, no solo su transparencia<sup>343</sup>, limitación que ha sido acogida empero por un sector judicial nacional al entender que la cláusula de cálculo de intereses ordinarios conforme a cierta base es definitiva del objeto principal del contrato<sup>344</sup>, entendimiento del que también parece partir el Tribunal de Justicia pero a fin de sujetar esa cláusula de cálculo a examen de fondo *ex art. 3.1* Directiva 93/13 cuando no sea transparente (Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 64).

Al respecto, el Tribunal de Justicia ha proporcionado criterios de valoración a atender por el juez nacional en ese examen de fondo: «*comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo*» (Sentencia *Banco Primus*, aptdo. 65).

Considerando por nuestra parte que dicha cláusula puede tener un contenido lícito o bien abusivo, tal posibilidad supondría necesariamente un análisis

---

<sup>342</sup> Máxime cuando el TS ha señalado que «*no se abriga ninguna duda de que el sistema de economía de mercado no puede significar la falta de toda protección para los que en él operan como consumidores y usuarios, y de que la libertad en la fijación de los precios no es el valor central que haya que salvaguardar a todo trance con sacrificio de otros intereses personales y sociales*» (STS 7.7.1999, FJ 3.º).

<sup>343</sup> En nuestra opinión –que luego razonaremos–, el modo estipulado de calcular los intereses (a liquidar normalmente por mensualidades) conforme a una base impuesta puede generar un desequilibrio *objetivo* (no entre precio y prestación, sino en la situación jurídica de las partes en el contrato) por razón de su contenido, luego no bastaría con examinar si, por oscuridad de tal estipulación, pudiera alterar el equilibrio *subjetivo* (tal y como se lo pudo representar el consumidor al contratar).

<sup>344</sup> V.g., las Secc. 9.ª y 14.ª AP Madrid, en Autos de 27.11.2014 (FJ 3.º) y 23.3.2015 (FJ 4.º), respectivamente.

no ceñido a la transparencia, a fin de evitar la indeseable hipótesis de que si- guiera vinculando al consumidor un método de cálculo (el contenido) even- tualmente abusivo por estimar el juez sin más que la cláusula (el continente) no adolece de una oscuridad tal que impida comprender realmente lo estipula- do<sup>345</sup>. Así vamos a proceder en el siguiente estudio de los métodos de cálculo que cabría estipular en préstamos B2C.

Partiendo de que en la *fórmula matemática de liquidación de intereses*<sup>346</sup> cabe adoptar, como factor para el producto con el saldo de capital y el tipo de interés, un cómputo de tiempo durante el cual se produce el devengo de inte- reses con criterio coincidente o bien distinto al de cómputo empleado en la base; cabría diferenciar los métodos de cálculo que podríamos denominar *pu- ros*, por aplicar tanto en el numerador de dicha fórmula como en su denomina- dor el año natural (365 días, 366 en bisiesto) o comercial (360 días) –métodos 365/365 y 360/360<sup>347</sup>–, de los que llamaremos *mixtos*, por seguir un criterio distinto en la fracción –métodos 365/360 y 360/365–. Comparando los puros (entre ellos la diferencia es casi inapreciable<sup>348</sup>) con el único de los mixtos usado por las entidades financieras (el 360/365 no se da en la práctica, por ser el menos beneficioso para el prestamista), la cantidad total a satisfacer por in- terés ordinario a lo largo del año es un 1'39% o un 1'67% (en año bisiesto) superior con la opción 365/360<sup>349</sup>, que se ha calificado como una «añagaza por parte de las entidades de crédito para cobrar más intereses a los demandantes de un préstamo»<sup>350</sup>.

<sup>345</sup> Hipótesis que cabría si se descartase el examen de fondo, esto es, que lo estipulado pueda des- equilibrar objetivamente la *lex contractus* en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor. Por en- tender vedado dicho examen, las resoluciones citadas en la nota previa se ciñen a controlar la transparencia de la cláusula sobre base de cálculo (en ambas se trataba de un método 365/360), considerándola lícita por clara y comprensible. Partiendo de la misma premisa (que la cláusula definía el objeto principal del con- trato), llega a distinto resultado la SAP Madrid, Secc. 10.ª, 9.4.2015, tras pasar por el control de transpa- rencia: como no lo supera la cláusula en cuestión –contenía también un método 365/360– entra a examinar el efecto que produce su contenido y constata una notable desproporción en detrimento del consumidor por incrementar los intereses a pagar, confirmado así el carácter abusivo (*vid.* FFJJ 4.º y 7.º).

<sup>346</sup> Capital vivo x tipo de interés nominal x período de tiempo del que se efectúa la liquidación ex- presado en días ÷ días del año x cien.

<sup>347</sup> Partiendo de que la liquidación se realiza por períodos mensuales (caso habitual), el método 365/365 considera en el tiempo de devengo de intereses los días del período realmente transcurridos y en la base el número total de días naturales que tiene el correspondiente año; mientras que el método 360/360 considera que todos los meses tienen una duración de treinta días (360 en cómputo anual).

<sup>348</sup> Siendo el método 360/360 ligeramente más beneficioso para el prestatario que el método 365/365, como señala ANDRÉS LLAMAS, M. A., «El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de présta- mo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11/2014, p. 193.

<sup>349</sup>  $365 \div 360 = 1,0139$ ;  $366 \div 360 = 1,0167$ .

<sup>350</sup> Así, CÓRDOBA BUENO, M., *Fundamentos y práctica de las matemáticas financieras*, Madrid, 2009, p. 28.

La cuestión no es tanto que el empleo de este método encarezca mucho o poco el préstamo, ni que los recibos de liquidación de intereses sufran un incremento comparativo con otros métodos que quepa calificar de importante, pues recordemos que un desequilibrio abusivo no se mide en términos cuantitativos, sino atendiendo a la gravedad de la lesión que sufra el consumidor en su situación jurídica con respecto a las disposiciones nacionales<sup>351</sup>; la cuestión es que el uso del año natural para el tiempo de devengo de intereses y del comercial como base de cálculo supone un cambio selectivo de criterio en exclusivo beneficio de la entidad financiera (acorta los días del año en el denominador y estira esos mismos días en el numerador), que opera como si los años fueran más largos a favor de esta que del cliente<sup>352</sup>, incrementándose las cuotas de interés *artificialmente, sin contraprestación alguna para el consumidor*, luego la cláusula predispuesta que imponga el método 365/360 sería así abusiva por su contenido a la vista del art. 87.5 TRLCU<sup>353</sup>.

La ausencia de reciprocidad, que de forma más general sanciona el art. 82.4.c) TRLCU, se patentiza en dicha cláusula si reparamos en la analogía práctica que guarda con aquella que, en préstamos hipotecarios en moneda extranjera, faculta a la entidad financiera para repercutir al prestatario el *spread* (diferencia entre el precio de compra y de venta de la divisa), al aplicar un tipo de cambio para la devolución del préstamo –cotización de venta de la divisa– distinto del utilizado en el momento de su entrega –cotización de compra–. Respecto a tal cláusula, que sirve para calcular el importe de los términos amortizativos, el Tribunal de Justicia ha dicho que el prestamista no realiza ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo (esto es, se queda con el *spread* sin contraprestación) y, por tanto, no constituye *ninguna «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del art. 4.2 Directiva 93/13*<sup>354</sup>. Volviendo a la cláusula que nos ocupa, la entidad financiera no solo cobra más en el préstamo por usar como base de cálculo el año comercial en vez del natural –que aplica por contra en el numerador

<sup>351</sup> Ya sea en forma de restricción de derechos u obstáculo a su ejercicio o bien de imposición de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (Sentencia *Constructora Principado*, aptdos. 22 y 23; STS 12.3.2014, FJ 5.º, con expresa cita a aquella).

<sup>352</sup> Distorsión provocada por el método 365/360 que apunta la SJPI n.º 5 Pamplona, FJ 2.º

<sup>353</sup> En este sentido, ANDRÉS LLAMAS (*op. cit.*, pp. 197-198) lo subsume en la previsión del art. 87.5 TRLCU al entender que la aplicación de dicho método «supone un redondeo al alza en el tiempo consumido (a efectos prácticos, se están computando más días) y en el precio». Suponga o no un redondeo *stricto sensu*, lo que nos parece claro es que, en la práctica, se estaría estipulando «el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva», como dice el art. 87.5 *in fine*.

<sup>354</sup> Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdos. 58 y 59.

de la fórmula liquidatoria—, sin justificación en concepto de contrapartida de una prestación de servicio al consumidor ni soporte normativo que lo ampare<sup>355</sup>, es que además contemos con que mientras calcula los intereses a cobrar aplicando el año comercial como base, calculará los que tenga que abonar por la captación de ahorro con base al natural (porque de lo contrario tendría que pagar más), aconteciendo lo que se denomina «cambio de base», esto es, retribuir el dinero con una base de 365 (cálculo en operaciones de pasivo de la manera menos beneficiosa para el cliente) y cobrarlo con otra de 360 (cálculo en operaciones de activo de la forma más gravosa para el cliente), quedándose así con la diferencia<sup>356</sup>.

Se puede colegir que *la cláusula que regule el método de cálculo no sería abusiva por razón de su contenido por el hecho de usar el año comercial, sino por aplicarlo como base de la fórmula de liquidación de intereses sin hacer lo mismo en el numerador* (luego el control de la base de cálculo ha de hacerse poniéndola en relación con aquel<sup>357</sup>), porque ello es lo que da lugar al perjuicio para el consumidor según explicamos antes. Dicho de otra forma, aunque el empleo del año comercial no se prevé en norma legal alguna, sino que deriva de una práctica anterior a generalizarle la informática que buscaba facilitar el cálculo de las operaciones bancarias (práctica que hoy carece obviamente de razón técnica<sup>358</sup>), sería lícita su aplicación si el criterio fuera idéntico en la fracción, esto es, el método

---

<sup>355</sup> Como bien vio el AAP Pontevedra 10.2.2014 (FJ 5.º), considerando abusiva la utilización del año comercial por carecer de fundamento normativo (antes al contrario, hay disposiciones que establecen el cómputo según año natural; dicha resolución trae a colación lo dispuesto en la OTPC para calcular la TAE, pero existen más ejemplos) y comportar «*un encarecimiento de los intereses del préstamo y correlativamente un beneficio injustificado para el prestamista*», luego partiendo de dicha premisa «*el cálculo de intereses aplicado por la entidad bancaria queda ya afectado con independencia de otras consideraciones*».

<sup>356</sup> «Quedándose con la base», expresión muy habitual en las mesas de tesorería, como señala CÓRDOBA BUENO (*op. cit.*, p. 28) al explicar los beneficios adicionales que reporta a las entidades crediticias el uso del año comercial como base de cálculo de intereses en los préstamos. Advertimos que el hecho de quedarse con la base no es algo que directamente afecte al consumidor en el marco del préstamo, sino una consecuencia (beneficiosamente buscada por la entidad con el cambio de base, ganancia en el global de sus operaciones) de lo que sí le afecta (y beneficia de nuevo al banco, esta vez como plus en el préstamo), esto es, el uso por la entidad de una base de 360 en sus operaciones de activo —y concretamente en sus préstamos el método 365/360—, que no de pasivo (ello perjudicará al consumidor en la retribución de depósitos que tenga en la misma entidad prestataria). Se obtiene así una doble ganancia: en el concreto préstamo y a nivel agregado.

<sup>357</sup> Cfr. SAP Madrid 9.4.2015, FJ 2.º

<sup>358</sup> Así se reconoce por el BdE a través del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (que sustituye al Servicio de Reclamaciones): «*El DCMR ha venido advirtiendo, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos*», no obstante lo cual remite la cuestión a los tribunales (BANCO DE ESPAÑA, *Memoria de Reclamaciones*, 2013, Madrid, 2014, p. 113).

360/360 no supondría un contenido abusivo pues no determina, a diferencia del método 365/360, una falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

Insistimos en que no hablamos de perjuicio en función de una apreciación económica cuantitativa entre el resultado de emplear el método de cálculo estipulado y los otros posibles, si su repercusión en el coste del préstamo es mucha o poca<sup>359</sup>; el tomar como base un año de 360 días produce un efecto desequilibrador importante en perjuicio del consumidor por conducir a un resultado superior (de la cuantía que fuere), en beneficio de la entidad financiera, que si esta usara el mismo criterio para el cómputo en el numerador (métodos puros) o uno distinto a la inversa (360/365), sin contrapartida que justifique un incremento cimentado en la ficción de que el año tiene menos días que los reales, cuando el CdC establece que «*En todos los cálculos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas; los meses, según están designados en el calendario gregoriano, y el año, de trescientos sesenta y cinco días*»<sup>360</sup>, luego la importancia del desequilibrio resulta de una lesión jurídica (con independencia de que ello, a su vez, suponga un perjuicio económico de la dimensión que fuese<sup>361</sup>) en la posición del consumidor como parte en el

<sup>359</sup> En este sentido, nos parece criticable el argumento utilizado por AAP Madrid 23.3.2015 en FJ 4.º, donde, para considerar lícita una cláusula de cálculo 365/360 «redactada con claridad suficiente para ser comprendida por el consumidor medio», se apoya en que «su repercusión sobre el importe total de interés remuneratorio a soportar por el consumidor resulta de cuantía ínfima» (cursivas nuestras).

<sup>360</sup> Art. 60 CdC, que en su pfo. 2.º dispone lo siguiente: «*Exceptúanse las letras de cambio, los pagarés y los cheques, así como los préstamos respecto a los cuales se estará a lo que especialmente para ellos establece la Ley Cambiaria y del Cheque y este Código respectivamente*». Pero esta previsión no ha tenido traducción práctica ni en el CdC ni en la LCCh, donde no existe particularidad especial para el préstamo en cuanto el cómputo del año, que por lo tanto ha de seguir la regla general, esto es, la utilización del año de 365 días. El propio BdE reconoce que la aplicación del año comercial en los préstamos no pasa de ser otra cosa que un «uso bancario» (así se puede leer en el Portal del cliente bancario – Criterios de Buenas Prácticas, www.bde.es), mas si esto es así, no hay razón jurídica para estimar una duración de 360 días en el denominador y no en el numerador de la misma fórmula aritmética, pues, como bien apunta ANDRÉS LLAMAS (*op. cit.*, p. 195), un eventual uso mercantil avalaría la aplicación del método 360/360, más beneficioso para el consumidor que el método 365/365, y en todo caso no cabría calificar como uso de comercio una práctica unilateral y no uniforme, pronunciándose en este sentido la STS 8.4.1994 (FJ 2.º): «*la existencia de una norma derivada del uso no nace de una voluntad individual aunque se repita, sino que requiere la convicción de cumplimiento de una norma jurídica («opinio iuris»), que, a su vez, encuentra su origen en una voluntad concorde de las partes*».

<sup>361</sup> Puede que el incremento derivado de aplicar el método 365/360 en vez de otros no llegue al 2% anual (o 1% mensual) en la cantidad de interés pagada por el consumidor en el concreto préstamo, y que ese superior resultado pueda o no entenderse como relevante cuantitativamente (ya sabemos que esto no es determinante para apreciar o excluir el carácter abusivo), mas a nivel general estaríamos ante una cifra nada desdeñable. BALLUGERA GÓMEZ, C. («Los cambios tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 marzo 2013 contra las cláusulas abusivas», en *www.notariosyregistradores.com*, 4.4.2013), señala que el BdE permanece ciego ante las cláusulas que calculan los tipos de interés anual acortando los días que el año tiene en el divisor y alargando los días de ese mismo año en el dividendo, «*así en uno tiene 360 y en el otro 365 o 366, de modo que el interés sufre una elevación accidental y aritmética del 1,7% o del 1,4% del tipo sea remuneratorio o moratorio, según que el año sea o no bisiesto*», y hace la siguiente reflexión estimativa: «*Ese abuso aplicado, vamos a poner que a un 10% del crédito de los españoles supone unos 2.550 millones de euros anuales de tasa, impuesto o exacción que los*

contrato considerado, ya que en virtud de las normas nacionales debería partirse siempre de que un año tiene 365 días<sup>362</sup>, y no únicamente cuando le beneficie a la entidad financiera: solo en el numerador, usando en cambio el año comercial en el denominador, pues cuanto menor sea el divisor, mayor será el resultado obtenido, de ahí la inexistencia práctica del método 360/365 para calcular los intereses en el préstamo (operación de activo) y del método 365/360 para calcularlos en operaciones de pasivo (depósitos principalmente) porque en estas últimas la entidad es quien remunera al cliente.

Cabría deducir pues sin demasiada dificultad que el constatado desequilibrio, que genera la aplicación del método 365/360 en los préstamos con consumidores, resulta contrario a la buena fe, porque razonablemente no podría estimar la entidad financiera que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría que se estipulase dicho método en el marco de una negociación individual<sup>363</sup>. Se comprueba por tanto que no superaría el enjuiciamiento conforme a la cláusula general de abusividad *ex art. 82.1 TRLCU*<sup>364</sup>, lo que ya viene implícito en las previsiones específicas de la lista negra de estipulaciones abusivas.

Téngase además presente que tanto la OTPC como la CBE 5/2012 –que la desarrolla– establecen que deberá calcularse la TAE conforme al año natural, idéntica previsión contenida en la Directiva 2014/17 (y, para los créditos al consumo, en la Directiva 2008/48 y norma nacional de transposición, la LCCC)<sup>365</sup>. Si con la TAE se busca facilitar la comparación de las ofertas de

---

*deudores entregamos a la mayor gloria del sistema financiero, eso en los años bisiestos, ya que en los demás la tasa sería solo de unos 2.100 millones dicho a ojo. El doble del dinero que se necesita todos los años para dar una moratoria al 3% de las familias morosas en la hipoteca».*

<sup>362</sup> Además del art. 60 CdC antes transcrito (que comienza con un inequívoco «en todos los cómputos»), disposición general sobre los contratos mercantiles, en otras normas propias de los créditos encontramos la voluntad legislativa de que los cálculos se hagan conforme al año natural: v.g., para calcular la TAE lo prevén la OTPC –así como la CBE 5/2012– y la LCCC, y para calcular los interés medios de los saldos vivos y nuevas operaciones de crédito frente a hogares a efectos declarativos, lo contempla la CBE 1/2010, de 27 de enero, *Entidades de Crédito, sobre estadísticas de los tipos de interés*, norma 3.ª, aptdo. 3.e).

<sup>363</sup> Siguiendo el criterio expresado por la jurisprudencia del TJ (*vid.* Sentencia *Aziz*, aptdo. 69, y Auto *Sebestyén*, aptdo. 28) acerca de en qué circunstancias se causa un desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», que ya tratamos *supra*; para más detalles *vid.* epígrafe 2.3.2. B.

<sup>364</sup> Para MÚRTULA LAFUENTE, V. (*La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012, pp. 201-202) la aplicación del cómputo de 360 días iría en contra del art. 82.1 TRLCU «por no tener en cuenta que si el interés se debe por el período de tiempo durante el cual se disfruta de un capital ajeno, ha de corresponder realmente a este período y no a otro que pudiera resultar más ventajoso», y por tanto no se trataría simplemente de un cuestión de oscuridad sustancial, esto es, de que se oculte la verdadera repercusión que la cláusula tiene sobre el coste total del préstamo (*ib.*, n. 296).

<sup>365</sup> Anexo V OTPC, Anejo 7 CBE 5/2012 y Anexos I de las Directivas 2014/17 y 2008/48 y de la LCCC, pto. I.c) en todos ellos: «los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no».

distintos prestamistas (es información básica que debe figurar en la publicidad de todo producto crediticio que realicen las entidades supervisadas por el BdE<sup>366</sup>, en publicidad y en la normalizada europea sobre crédito al consumo<sup>367</sup> y sobre préstamos hipotecarios para inmuebles residenciales<sup>368</sup>), emplear para su elaboración una medición distinta de la que luego se usara para calcular los intereses del préstamo contratado, no solo podría ir en detrimento del consumidor sino de la competencia misma ante un déficit informativo al respecto<sup>369</sup>. Aquí la transparencia juega un papel fundamental, pues si el alcance del método de cálculo aplicable no fue objeto de información sino más bien de *previa desinformación*, al desequilibrio jurídico que pudiera provocar el propio método estipulado –el contenido de la cláusula– (por su eventual carácter objetivamente inequitativo: a nuestro parecer lo tendría, por las razones ya expuestas, el método 365/360, no así el 360/360, que, aun implicando no usar el año natural previsto para elaborar la TAE, resulta algo mejor para el consumidor que la opción 365/365), se uniría la generación de un desequilibrio económico subjetivo, esto es, una distorsión de la relación precio-prestación tal y como se la pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en esa contratación.

En el examen de la transparencia formal y sustancial (que el TS «unifica», en caso de clausulado principal, en lo que denomina *doble filtro de transparencia*, mientras que el TJ, al interpretar la Directiva 93/13, dice, como vemos, que el alcance de la exigencia de transparencia, entendida ampliamente, es el mismo para todas las cláusulas sin negociación individualizada) procede comprobar si el sentido de la cláusula y sus implicaciones son nítidos para el

<sup>366</sup> En que se aluda explícitamente a su coste para el público, según art. 4.5.a) Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios.

<sup>367</sup> Art. 9.2.c), art. 10.2 y 3.g) y Anexo II.3 LCCC; arts. 4.2.c) y 5.1.g), y Anexo II.3 Directiva 2008/48.

<sup>368</sup> Art. 11.2.e), art. 14.1 y 2 y Anexo II.4 de la Directiva 2014/17, que en tanto no se transponga, la OTPC establece actualmente que la TAE de dichos préstamos debe constar en FIPRE y FIPER: arts. 21-23, en relación con Anexos I (Partes A y B, Sección 5) y II (Partes A y B, Sección 3) OTPC.

<sup>369</sup> En este sentido, el Considerando 52 de la Directiva 2014/17 dispone que «*para garantizar la máxima comparabilidad entre las TAE de las ofertas de distintos prestamistas, los intervalos entre las fechas empleadas para el cálculo no deben expresarse en días si pueden expresarse en un número entero de años, meses o semanas. Queda implícito en dicho contexto que, si en la fórmula de cálculo de la TAE se emplean intervalos de tiempo, tales intervalos deben emplearse para determinar el importe de los intereses y demás gastos que se utilizan en la fórmula. Por esta razón, los prestamistas deben emplear el método de medición de los intervalos de tiempo que se describe en el anexo I para calcular la cuantía de los pagos en concepto de gastos. Sin embargo, dicho requisito solo es de aplicación para el cálculo de la TAE y no afecta a los importes efectivamente cargados por el prestamista en el marco del contrato de crédito. Si esos importes difieren, puede resultar necesario explicárselos al consumidor para no inducirlo a error. Ello implica asimismo que, en ausencia de gastos distintos de los intereses, y si se ha empleado el mismo método de cálculo, la TAE será igual al tipo deudor efectivo*».

consumidor, de manera que pueda comprender los términos utilizados y conocer el exacto alcance jurídico/económico de su operatividad en el desarrollo del contrato, y para ello habrá que atender entre otras circunstancias a la información suministrada al consumidor en los actos previos y simultáneos a la contratación y en el mismo texto del contrato y su clausulado.

En consecuencia, si la TAE, como información previa que es del coste total del préstamo expresado en porcentaje anual, se ha elaborado sin tener en cuenta el criterio de «cambio de base» de año natural a comercial en el cálculo de intereses que se aplicará durante la vida del préstamo (actuación que el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del BdE –en adelante, DCMR– considera mala praxis<sup>370</sup>), la cláusula que regula el método de calcular el interés conllevará una oscuridad abusiva pues, aunque no cupiese duda de lo que estipula, provocará un desfase –perjudicial– entre lo que creía asumir el consumidor al contratar y lo que realmente ha contratado, esto es, un préstamo de coste superior al reflejado en la TAE.

Aun en caso de que coincida el criterio empleado en la TAE y el efectivamente aplicado en la ejecución del contrato, ello no conseguiría disipar la posible oscuridad sustancial de que adoleciera el método de cálculo estipulado, pues si no se ha informado al consumidor sobre el coste comparativo derivado de emplear uno u otro método, tal déficit informativo estaría lejos de ser suplido por cotejo de las ofertas en competencia. En efecto, aunque teóricamente la TAE permite la comparación entre entidades que aplican el año natural en el numerador y el comercial en el denominador, o el año comercial o natural en ambas partes de la fracción, de modo que, en igualdad de condiciones de comisiones que deben incluirse en aquella y tipo de interés aplicable, sería más alta en el primer caso que en el segundo (lo que, a su vez, permitiría comparar el coste de los préstamos en el mercado); la realidad es que, como reconoce el DCMR, con frecuencia la TAE no refleja el criterio de «cambio de base» que se terminará aplicando<sup>371</sup>, luego el consumidor no advierte las implicaciones que tiene el método estipulado por mucho que coincida con aquella, porque habrá contratado un préstamo que es, en cuanto a coste, aparentemente similar a otros ofertados. Por tanto, si la entidad no informa, ni con carácter previo ni en el mismo contrato, sobre el coste comparativo con otras modalidades de cálculo<sup>372</sup>, la cláusula que lo estipule, aun cuando fuese entendible, incurrirá en oscuridad sustancial, por cuanto no cubriría ese déficit informativo que im-

<sup>370</sup> BANCO DE ESPAÑA, *op. cit.*, 2014, p. 114.

<sup>371</sup> *Ibid.*

<sup>372</sup> Cfr. STS 9.5.2013, aptdos. 225.d) y 296.f).

pide conocer la influencia que la diferencia en el período temporal de numerador y denominador de la fórmula de cálculo despliega en el coste del préstamo.

Constatado el carácter abusivo, procede erradicar la cláusula, subsistiendo el contrato y la obligación de pagar el precio, mas no el modo ilícitamente impuesto de calcular los intereses ordinarios que seguirán devengándose<sup>373</sup>. ¿Cómo se calcularían entonces? Conforme a la TAE<sup>374</sup> que, legalmente, debe determinarse conforme al año natural y que se elaboró sin tener en cuenta el criterio de «cambio de base» que se terminaría aplicando en virtud de la cláusula abusiva.

Otro enfoque requeriría el supuesto de que el propio sentido de la cláusula fuera oscuro, por ejemplo cuando no se detallase la fórmula de liquidación de intereses, limitándose a una simple mención de «*días objeto de la liquidación, expresados en días comerciales*», o expresión equivalente<sup>375</sup>. Si difícilmente pudiera alcanzar a comprender el consumidor las implicaciones que tiene aplicar un método de cálculo frente a otros posibles en un escenario de selección adversa, salvo extraordinario suministro de información comparativa por parte de la entidad predisponente, la falta de claridad en la terminología de la cláusula que lo recoja podría situarnos ante una censurable opacidad formal y sustancial. En el ejemplo señalado, la oscuridad de la cláusula sería tal que no descartaría la aplicación del año comercial como denominador (365/360), bien en el numerador (360/365) o en ambas partes de la fracción (360/360), debiendo pues prevalecer la interpretación más favorable al consumidor como ordena el art. 80.2 TRLCU, luego si la entidad viene multiplicando por 365 y dividiendo por 360 al calcular los intereses a liquidar –opción más ventajosa para ella–, procedería realizar la operación contraria a favor del consumidor –360/365, más propicia para este de entre las posibles que admitiera la cláusula oscura, que únicamente descartaría el método 365/365–, con

---

<sup>373</sup> La sanción que sería más radical, la gratuidad del préstamo, no es operativa, pues persiste la causa –convencionalmente onerosa– que motivó el devengo del interés (la entrega de dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada) al tipo fijo o variable estipulado.

<sup>374</sup> En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cuando los años tienen 360 días», en *Almacén de Derecho*, 26.1.2017 (<http://almacendederecho.org>), poniendo el siguiente ejemplo: «*si en el contrato se decía que los intereses remuneratorios eran del 4%, lo que habrá que hacer es ajustar los pagos que ha de hacer el cliente para que la suma total de éstos equivalga a los que haría un prestatario que tuviera en su contrato una cláusula que dijera que pagará un interés del 4% TAE*». Parte ALFARO de que la cláusula que explica la fórmula aritmética para calcular los intereses no forma parte de los elementos esenciales del contrato.

<sup>375</sup> Lo que el DCMR viene considerando mala práctica bancaria, no así cuando el criterio de cambio de base esté debidamente contemplado y explicitado en el contrato (BANCO DE ESPAÑA, *op. ult. cit.*, pp. 113-114).

la consiguiente restitución de las cantidades indebidamente cobradas, correspondiendo a la entidad realizar el recálculo con base de 365 días<sup>376</sup>.

### C) CLÁUSULA SUELO

La contratación de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable conlleva un riesgo: la fluctuación del índice de mercado a que se referencia, habitualmente Euríbor. Dicho riesgo tendrá consecuencias positivas para el prestatario ante un descenso del índice de referencia, pues la cuantía de los intereses remuneratorios que habrá de pagar se reducirá; y negativas ante una subida de tal índice, que se traducirá en una cuota mayor. A la inversa para la entidades prestamistas. Por tanto, el riesgo lo asumen *a priori* las dos partes, salvo que se pacte un tipo de interés fijo, o se acuda a mecanismos que permitan modular dichas fluctuaciones, ya sean derivados financieros (*caps* y *swaps*) o cláusulas incluidas en el propio contrato de préstamo, cuales son las denominadas «techo» y «suelo». La cláusula techo beneficia –o debiera hacerlo– al prestatario, pues limita el máximo que puede alcanzar el tipo variable; por el contrario, la cláusula suelo favorece a la entidad prestamista, ya que se asegura que el tipo no se reduzca por debajo de un mínimo, a partir del cual un descenso en el índice de referencia no llevará aparejada una menor cuota hipotecaria.

Respecto a la cláusula suelo trataremos, en primer lugar, la posibilidad de examinar su abusividad a la vista de los argumentos esgrimidos en contra, después los mecanismos de control de la contratación seriada propios de la legislación protectora aplicables conforme a los criterios proporcionados por el Tribunal Supremo; y por último, en cuanto a la doctrina jurisprudencial española que, originada con la STS 9.5.2013, limitó la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad de dicha cláusula, remitimos al estudio que ya realizamos *in extenso* en epígrafe 3.2.1. B sobre el reproche que recibió por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, traeremos a colación, en el último punto del ahora análisis específico de este tipo de cláusulas, la incidencia de ese reproche en los correspondientes litigios nacionales.

---

<sup>376</sup> Nótese que el relevo del método que se venía aplicando en la práctica por el de año natural puro (365/365), en pro de una solución «equilibrada» para ambas partes, no disuadiría completamente a la entidad de seguir empleando la opacidad en futuros préstamos, porque siempre podría esperar que judicialmente se cambiara el método mixto perjudicial para el consumidor (365/360) por uno puro (365/365 o 360/360) que sería neutro, con lo cual no perdería tanto como si operara el mixto beneficioso para el consumidor (360/365), que de hecho es el único que aquella jamás utilizaría voluntariamente.

C.I) Consideración de condición general susceptible de control en el ámbito de tutela de los consumidores

Partiendo de que no es imperativo que una cláusula contractual tenga la consideración de condición general para que se aplique la normativa protectora del adherente consumidor (basta con que sea una «cláusula de adhesión particular» en contrato B2C), la realidad es que, encontrándose incluida en un préstamo hipotecario y siendo habitualmente el prestamista una entidad de crédito, estaremos ante un contrato seriado para que el sistema impone un concreto clausulado uniforme que, teóricamente, ha de facilitar al consumidor la comparación de las ofertas existentes en el mercado y la decisión reflexiva de sus comportamientos económicos.

En consecuencia, las entidades de crédito demandadas por quienes instaban la declaración de nulidad de la cláusula suelo, vinieron planteando controversia sobre el propio carácter de condición general de dicha cláusula, en orden a excluir la aplicación de la LCGC y las normas del TRLCU a las que aquella remite para las especialidades relativas al adherente de condiciones generales que sea consumidor. Seguidamente analizaremos los argumentos, utilizados a tal fin por las entidades crediticias, que tienen que ver con la regulación normativa bancaria en cuanto a la organización de dichas entidades como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y la normativa de transparencia, estudio que, aun centrado en la cláusula suelo, puede trasladarse al común de cláusulas estándar presentes en tales contratos entre bancos y consumidores para financiar la adquisición de vivienda.

Del tenor del art. 1.1 LCGC se extrae que uno de los rasgos definitorios de toda condición general es su *contractualidad*, esto es, destinada a formar parte del contenido de un contrato, una pluralidad de ellos de hecho. Así, la doctrina mayoritaria entiende que solo estaremos ante condiciones generales cuando su validez derive de su propia incorporación a un contrato, de manera que no tendrían tal consideración las cláusulas que se limiten a reproducir una norma que fuera, en todo caso, aplicable al contrato con carácter imperativo<sup>377</sup>. Ya fuera en el convencimiento de que la cláusula suelo no podía considerarse condición general por carecer del requisito de *contractualidad* (en el sentido expuesto), o, sin descender a tal profundidad doctrinal, con la mera alegación de aparecer dicha cláusula en préstamos hipotecarios de entidades supervisadas por el BdE, tales entidades sostuvieron la inaplicación de la LCGC amparándose en que están

---

<sup>377</sup> Por todos, ALFARO, «Art. 1», *op. cit.*, 2002, pp. 105-106. Sobre las denominadas «cláusulas declarativas» remitimos al análisis realizado *supra* en el epígrafe 2.3.

excluidas de su ámbito las condiciones que *vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes* (art. 4. II LCGC).

En efecto, las entidades crediticias argumentaron que la LCGC no resultaba aplicable a dichos contratos por su sujeción a regulación sectorial, en concreto, la normativa bancaria de protección a la clientela como era la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (derogada en 2014 por la LOSSEC, que es la norma hoy vigente), las Órdenes Ministeriales de desarrollo, cuales eran las citadas OM 12.12.1989 y OM 5.5.1994 (derogadas en 2011 por la actual OTPC), contemplando esta última, sobre transparencia de las condiciones financieras de préstamos hipotecarios, los pactos de limitación de intereses variables. Tal argumento fue objeto de nuestro análisis antes de que se dictara la citada STS 9.5.2013<sup>378</sup>, y entonces expusimos que aquel resultaba insostenible, porque una cosa es que las entidades crediticias estén sometidas al cumplimiento de deberes formales *si incluyen la cláusula suelo en sus préstamos*, y otra bien distinta es que estén obligadas a incluirla (como ocurre v.g. con la TAE) con la consecuencia de que su contenido venga fijado imperativamente, caso en que sí operaría la exclusión prevista en el art. 4. II LCGC.

Esto segundo no acontecía respecto al suelo (o techo) hipotecario bajo la normativa señalada, como tampoco con la actual, pues no imponía –ni impone la hoy vigente– a dichas entidades la inclusión de límites a la variación del tipo de interés aplicable a sus préstamos, y siendo potestativo tampoco establecían cuáles debían ser tales límites, mínimo o máximo; lo único que hacía, concretamente la OM 5.5.1994, era prever la posibilidad de que se incluyeran y la *forma* (que no sus términos) en que debían expresarse –de querer establecerse dichos límites– tanto en el préstamo como en la oferta vinculante<sup>379</sup>, previsiones hoy recogidas con alguna variación en la OTPC.

<sup>378</sup> DOMÍNGUEZ ROMERO, J., «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», en *RdP* n.º 29, 2012, pp. 829-864. Con posterioridad, comentando dicha sentencia, *vid.*, PÉREZ CONESA, C., «Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», en *AC-M*, n.º 4/2013, pp. 39-47; MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», en *RAD*, n.º 5/2013, pp. 163-169; ROJAS ABASCAL, T./PORTILLO CABRERA, E., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad», en *RAD*, n.º 5/2014, pp. 151-160.

<sup>379</sup> Arts. 6 y 5, respectivamente, en relación con cláusula 3 bis.3 del Anexo II OM 5.5.1994. En tanto que incluida la cláusula de limitación, quedaba sujeta, además, a las previsiones de la OM sobre la posibilidad de su examen por el prestatario en el proyecto de escritura pública del préstamo hipotecario (art. 7.2) y el *gatekeeping* notarial (art. 7.3.c); hoy recogidas en el art. 30 OTPC, aptdos. 2 y 3.3.b).3.º, respectivamente.

Afortunadamente el Tribunal Supremo vio con nitidez que la contemplación de la cláusula suelo en una norma administrativa (por entonces OM 5.5.1994, hoy OTPC), que protege a los clientes de entidades crediticias en la contratación de préstamos hipotecarios, no conllevaba la inaplicación *per se* de la LCGC –ni la negación en todo caso de su carácter de condición general– sobre la base del art. 4. II LCGC, *«ya que la normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato»*, como dice la STS 9.5.2013 (aptdos. 174 y 175) trayendo a colación lo declarado por STS 2.3.2011 (FJ 3.º), esto es, que la aplicación de la OM 5.5.1994 en modo alguno suponía la exclusión de la LCGC a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, pues *«sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor»*, bajo el entendimiento de que el art. 2.2 *in fine* de dicha OM se refería a la LCGC, precepto que por cierto tiene análogo en la Ley 2/09 mas no en la OTPC<sup>380</sup>.

Posteriormente la STS 29.4.2015, respecto a la tesis de que no cabría considerar estipulación «contractual» –luego condición general– a la cláusula suelo por derivar supuestamente del acatamiento de una norma imperativa, afirmó que *«es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, y desde ese punto de vista, se cumple el requisito de la contractualidad»* (FJ 9.º, pto. 3), sin entrar en la «discutible contractualidad» de la que antes hablara el Alto Tribunal al referirse a las genuinas cláusulas declarativas (STS 9.5.2013, aptdo. 170). Y en cuanto a que la LCGC no resultaría aplicable por entrar aquí en juego lo dispuesto en su art. 4. II, declaró que *«la existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en los contratos de prés-*

---

<sup>380</sup> Según el art. 2.2 OM 5.5.1994 *«lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación»* (cursivas nuestras). No hacía por tanto mención expresa a la LCGC, sí a la LCU, hoy TRLCU. Por su parte, la hoy aún vigente Ley 2/09, que como ya vimos es aplicable a los contratos de préstamo B2C de entidades no crediticias, contempla expresamente ambas normas en su art. 1.3, mientras que la actual OTPC, para entidades de crédito, no tiene precepto análogo.

*tamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción»* (STS 29.4.2015, FJ 10.º, pto. 3).

Por otra parte, la invocación de la normativa sectorial no solo sirvió para alegar la exclusión *ex art. 4. II LCGC*, sino también para sostener el carácter en todo caso negociado de la cláusula suelo y, por tanto, llegar al mismo resultado (inaplicación de LCGC/TRLUCU). En efecto, se argumentó que dicha cláusula no podía considerarse impuesta –ni por ende condición general al carecer del requisito de imposición *ex art. 1.1 LCGC*– por el hecho de formar parte de préstamos hipotecarios cuya concesión iba sujeta al *iter* regulado en la OM 5.5.1994 (actualmente en OTPC): primero la entrega de un folleto informativo y luego de una oferta vinculante con las condiciones financieras (ofertas comercial y vinculante que bajo la OTPC se facilitan por entrega de FIPRE y FIPER), entre ellas, los eventuales límites a la variación del tipo de interés<sup>381</sup>, seguido del posible examen de la escritura pública por el prestatario con carácter previo al otorgamiento y, por último, la elevación a público del préstamo, con obligación del notario de advertir sobre las circunstancias sobre el interés variable, especialmente las relativas a las limitaciones a la variación del tipo<sup>382</sup>.

En palabras de la SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5.º), «*esta minuciosa regulación legal del recorrido preparatorio del contrato garantiza la transparencia, la información, la libre formación de la voluntad del prestatario, y si tras ello expresa su voluntad de aceptar y obligarse, ha de concluirse que lo hace libremente, con total conocimiento del contenido del pacto de limitación de la variabilidad de intereses, configurador del precio de la operación, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994 ha de expresarse de modo que «resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y conforme a Derecho».* Por ello debe descartarse que los pactos de limitación de la variabilidad de intereses que nos ocupan hayan sido impuestos a los solicitantes del préstamo».

Sobre las concretas «virtudes» de esa normativa, vigente entonces (OM 5.5.1994) así como de la actual (OTPC), en orden a asegurar efectivamente la transparencia, remitimos a los comentarios críticos de la doctrina científica<sup>383</sup>. Todo lo más que ha reconocido el Tribunal Supremo es que la

<sup>381</sup> Que actualmente han de recogerse tanto en la FIPRE (Anexo I OTPC, Parte B, Secc. 3, pto. 4) como en la FIPER: *vid.* art. 25 y Anexo II OTPC, Parte A, Secc. 14, y Parte B, Secc. 2, pto. 2; así como Anejo 3, aptdo. 1.4.2.c), de la CBE 5/2012. La Directiva 2014/17 establece que los límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos, han de constar en la FEIN (Anexo II, Parte B, Secc. 3, pto. 6).

<sup>382</sup> El examen previo y la advertencia notarial se contemplan hoy en art. 30 OTPC, aptos. 2 y 3.b).3.º

<sup>383</sup> Poniendo de manifiesto la insuficiencia de los deberes formales de la OM 5.5.1994 para garantizar la transparencia de la cláusula suelo, PERTÍÑEZ (*op. cit.*, 2011, pp. 9-10) y CASTILLA («Sobre la abusividad...», *op. cit.*, 2011, versión electrónica, BIB 2011\289, pp. 7-8). Y con respeto a la actual OTPC,

detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a consumidores garantiza razonablemente la observancia de los *requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación* de las cláusulas de determinación de intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor (STS 9.9.2013, aptdo. 202), lo cual no exceptúa que se facilite otra información más adecuada al cliente (o que la facilitada lo sea de una manera más apropiada), *ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia* (STS 29.4.2015, FJ 10.º, pto. 3 *in fine*, y STS 9.5.2013, aptdo. 215). Como puede colegirse, el Tribunal Supremo descarta que el hecho de pasar la cláusula suelo por ese proceso suponga *per se* la ausencia de su imposición (argumento que rechaza expresamente la STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 2), porque si así fuera no estaría sujeta al control de inclusión *ex LCGC* –ni tampoco al de transparencia real en el ámbito de consumo– al que la declara sometida en cuanto auténtica condición general.

A mayor abundamiento, dice el Alto Tribunal que es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación, v.g. el bancario, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales (STS 22.4.2015, FJ 3.º, pto. 3), como también resulta notorio que en los servicios financieros de consumo común están absolutamente predeterminados la oferta y el precio o contraprestación a satisfacer por ellos, luego quien pretenda obtenerlos deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar, y de hecho la entonces vigente OM 5.5.1994 partía de que «*el contenido de los contratos a que se refiere la propia norma tiene carácter de condiciones generales predispuestas e impuestas*» (STS 9.5.2013, aptdos. 156 y 157).

Dado que hay imposición de una cláusula, a efectos de ser considerada como condición general, cuando su incorporación al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional (STS 29.4.2015, FJ 9.º, pto. 9), y que, una vez decidida por cada entidad financiera la aplicación de cláusulas limitativas a la variación del tipo de interés como política comercial, ni los propios directores de sucursal podían alterar esa característica básica del producto crediticio<sup>384</sup>; resultaba indefendible que dichas cláusulas no fueran impuestas a los consumidores, por mucho que el proceso de concesión del préstamo hipo-

---

también muy críticos se muestran GOMÁ LANZÓN, F., «Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios», PÉREZ HEREZA, J., «Propuestas notariales de protección al deudor hipotecario», y YANES YANES, P., «El control de la ‘cláusula suelo’», los tres en *El Notario del Siglo XXI* ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)), n.º 40, 8.12.2011, n.º 41, 1.2.2012, y n.º 43, 16.5.2012, respectivamente.

<sup>384</sup> Como reconoció el BdE en su «Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios» (BOCG, Senado, n.º 457, de 7.5.2010, pp. 12-26), concretamente en pto. 3.1 (ib., p. 19).

tecario se siguiera bajo el *iter* previsto en la normativa específica, pues la aplicación de aquellas respondía, no a una negociación individual, sino a decisiones individuales de las entidades de crédito.

En suma, la existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores (STS 9.5.2013, aptdo. 178; STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 2; STS 29.4.2015, FJ 10.º), y en tanto que no negociadas individualmente procederá el control de abusividad, salvo que el empresario pruebe, en contra de lo que en dicho sector es notoriamente habitual y acorde a la lógica de la contratación en masa, el supuesto excepcional de su negociación, *acreditando las razones que llevaron a ello con el concreto consumidor y las contrapartidas que este obtuvo por la inserción de cláusulas favorables al profesional* (SSTS de 22 y 24 de abril de 2015, FJ 3.º [pto. 3] y FJ 7.º [pto. 5], respectivamente). Por tanto, resulta inviable a tales efectos la defensa empresarial consistente en meras alegaciones (esto es, sin respaldo probatorio de las circunstancias antedichas), como por ejemplo la referente a que la existencia de una pluralidad de ofertas contractuales (con y sin cláusula suelo) y la teórica posibilidad de escoger entre ellas equivale a negociación<sup>385</sup>, o la alegación de que no cabe estimar impuesta la acotación contractual a la variación del tipo de interés por ser una cláusula atinente al precio<sup>386</sup>. Se trata de objeciones, no de orden fáctico, único en que tiene relevancia la carga de la prueba<sup>387</sup>, sino conceptual o jurídico, que además han sido expresamente descartadas por el Tribunal Supremo<sup>388</sup>.

## C.II) Criterios jurisprudenciales sobre su carácter abusivo

Teniendo presente que la cláusula suelo puede ser condición general y sometida a control de abusividad, y que a ello no se opondría el hecho de que inci-

---

<sup>385</sup> Argumento acogido por SAP Sevilla 7.10.2011 (FJ 5.º) ante la presentación por las entidades financieras de un número de préstamos sin cláusula suelo, lo cual es entendido como elemento excluyente de la imposición de tal cláusula presente en otros tantos contratos de dichas entidades. Se equiparaba así la «generalidad» *ex art. 1.1 LCGC* con la idea de «totalidad», en la medida en que solo vendría a no descartar la imposición de la cláusula si esta apareciese en todos los préstamos hipotecarios de la entidad.

<sup>386</sup> Bajo la tesis de que las cláusulas sobre elementos esenciales, aunque predisuestas, jamás podrían entenderse impuestas: *vid.*, por todos, PAGADOR, *op. cit.*, 1999, p. 285, y ALFARO, *op. cit.*, 2002, p. 133.

<sup>387</sup> Así, la STS 29.4.2015, FJ 7.º, pto. 6, refiriéndose a las alegaciones de la entidad crediticia contra el carácter no negociado de la cláusula suelo.

<sup>388</sup> *Vid.* STS 9.5.2013, aptdo. 165, letras b) y c), y STS 29.4.2015, FJ 11.º

diera sobre un elemento esencial ni tampoco que el profesional cumpliera los deberes informativos *ex* regulación sectorial<sup>389</sup>, resta por examinar los criterios que se han manejado para sostener la posible abusividad de este tipo de cláusulas.

Si partimos de que en las relaciones B2C tanto el tradicional *control de contenido* como el llamado *control de transparencia* (analizado en epígrafe 2.4.2. C. II) conforman el *control general de abusividad*<sup>390</sup>, es preciso señalar que, desde la vía clásica, se defendió que la cláusula suelo generaría un desequilibrio jurídico por falta de reciprocidad *ex* art. 82<sup>391</sup>, aptos. 1 y 4, y art. 87 TRLCU, bien por ausencia de la correspondiente cláusula techo, bien porque, de existir esta última, hubiera una distribución asimétrica del riesgo de bajadas y subidas del tipo de interés en único beneficio del predisponente<sup>392</sup>. No obstante, el Tribunal Supremo sentó la improcedencia de enjuiciar este tipo de cláusulas bajo tales consideraciones<sup>393</sup>, por entender que las condiciones

<sup>389</sup> Dice la STS 9.5.2013 que «*el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo*», y que «*no excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial*» [aptdo. 144, letras a) y c), respectivamente]. Por su parte, la STS 29.4.2015 de forma tajante titula su FJ 11.º así: «*Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales ni quedan excluidas de la normativa sobre cláusulas abusivas*».

<sup>390</sup> Si bien el control de contenido se ha identificado siempre con el juicio de abusividad, el TS ha ampliado esta concepción al decir que el control de transparencia es (también) «*parte integrante del control general de abusividad*» (STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 8).

<sup>391</sup> Entre otras, la SJM n.º 2 Sevilla 30.9.2010, FJ 4.º, y la SAP Zaragoza 8.5.2012, FJ 4.º También defendieron esta posición los magistrados LARROSA AMANTE y MORENO GARCÍA, ambos en SOLER PASCUAL, L. A., «¿Son abusivas las cláusulas suelo que se constituyen en algunas hipotecas?», *BCI*, n.º 85, dic. 2011, versión electrónica, EDB 2011/288179, pp. 4 y 5. En contra se argumentó que, al ser el préstamo un contrato de tracto único, sólo existirían obligaciones para el prestatario desde que se le entrega el capital, de modo que nada tendría derecho a recibir a cambio de soportar la limitación al tipo de interés; así, i.a., la SAP Sevilla 7.10.2011, FJ 6.º, y en la doctrina, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León sobre las cláusulas de suelo y techo», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 28.3.2011.

<sup>392</sup> Bajo este criterio comparativo de las acotaciones máxima y mínima, entendieron abusiva la cláusula suelo, entre otras, la SAP Burgos 23.3.2012, FJ 3.º, y la SAP Cáceres 24.4.2012, FJ 8.º; criterio que se consideró insuficiente (v.g., PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2011, pp. 2-3 y 6-7, que aun compartiéndolo señaló la posibilidad de que la cláusula, en sí misma, pudiera ser abusiva por falta de transparencia; *vid.* también CASTILLA, «Sobre la abusividad...», *op. cit.*, 2011, pp. 6-7), o bien improcedente por suponer un enjuiciamiento del equilibrio económico (así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla de 30-IX-2010 sobre las cláusulas de «suelo» en los tipos de interés de los préstamos hipotecarios», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 19.10.2010; PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», en *AC-M*, n.º 5/2011, versión electrónica, BIB 2011\1062, p. 20; SAP Sevilla 7.10.2011, FJ 6.º).

<sup>393</sup> De forma general, la STS 9.5.2013, y refiriéndose al criterio de comparación entre las limitaciones al alza y a la baja (simetría de techo y suelo), la STS 29.4.2015, FJ 13.º, pto. 3, con el siguiente argumento: «*no existiendo una previsión legal relativa al equilibrio o la proporción que deban guardar las cláusulas «suelo» y «techo», y que fije los criterios conforme a los cuales pudiera apreciarse tal desequilibrio, no puede declararse la nulidad por abusiva de la cláusula suelo por consideraciones relativas a tal desproporción o falta de equilibrio*».

generales que regulan los elementos esenciales, tal cual ocurre con la cláusula suelo (que «*forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por tanto, define el objeto principal del contrato*»<sup>394</sup>) son susceptibles de control de abusividad en términos diferentes del resto de condiciones, en concreto, vía examen de transparencia real.

En efecto, afirma el Alto Tribunal que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, *como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones*, no obsta a que el sistema la someta al denominado «doble filtro de transparencia»<sup>395</sup>.

Recordemos que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para su incorporación al contrato (transparencia documental), resulta insuficiente para eludir el control de abusividad, pues la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su alcance económico y jurídico en el desarrollo del contrato<sup>396</sup> (transparencia real). Esto es, las condiciones nucleares de un contrato B2C pueden declararse abusivas, aunque estén redactadas en caracteres legibles y sean gramaticalmente comprensibles, si el defecto de transparencia –real– provoca: i) una alteración subrepticia del objeto del contrato o del equilibrio entre precio y prestación que se pudo representar mentalmente el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación; ii) un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, que en caso de la cláusula suelo no transparente consiste en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con dicha cláusula ante una bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de poder comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado<sup>397</sup>.

Las circunstancias que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta para apreciar esa *alteración del equilibrio económico subjetivo perjudicial para el consumidor*, considerando como resultado el carácter abusivo de la cláusula suelo por falta de transparencia real, responden en suma a un escena-

<sup>394</sup> STS 29.4.2015, FJ 13.º, pto. 2, con cita a la STS 9.5.2013.

<sup>395</sup> Recogido por primera vez en la STS 9.5.2013, como recuerda la STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3. Respecto a ese «doble filtro» remitimos al extenso análisis que hicimos *supra* (epígrafe 2.4.2. C. II) sobre la construcción jurisprudencial del control de transparencia.

<sup>396</sup> STS 9.5.2013, aptdos. 211 y 215; STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 8; STS 24.3.2015, FJ 3.º, pto. 3; STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3.

<sup>397</sup> STS 24.3.2015, FJ 3.º, pto. 3, y FJ 7.º, pto. 2; STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 3.

rio de déficit informativo en el *iter* contractual que impide al consumidor hacerse una cabal idea de la trascendencia que la estipulación puede provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, esto es, por incumplir el predisponente de la cláusula ese especial deber de transparencia en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta.

En el ámbito de valoración abstracta –acción colectiva– el Alto Tribunal identificó, en su STS 9.5.2013 –aptdo. 225, y 7 del fallo–, seis circunstancias: i) creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero; ii) falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; iii) creación de la apariencia –por su inserción conjunta– de que el suelo tiene como contraprestación la fijación de un techo; iv) ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos que la enmascaran diluyendo la atención del consumidor; v) falta de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; vi) falta de previa advertencia clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad prestamista o advertencia de que no se ofertan al concreto perfil de cliente. Estos parámetros se reiteraron en SSTS 24.3.2015 y 23.12.2015, también dictadas en el marco de acciones colectivas.

Mediante ATS 3.6.2013 se aclaró, por un lado, que no se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra y que la presencia aislada de alguna, o algunas, es insuficiente para poder considerar oscura la cláusula a efectos de control de abusividad, pues lo que determinó la declaración de nulidad fue la conjunción de todas aquellas (aptdos. 11 y 12); por otro lado, que esa nulidad no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se beneficie durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia, pues ello no convierte la cláusula en transparente ni hace desaparecer el desequilibrio en contra de los intereses de aquel, ya que tal cláusula tiene por fin exclusivo proteger los intereses del prestamista frente a dichas bajadas (aptdos. 18 y 19).

Aunque el Tribunal Supremo aclarase que ese elenco de circunstancias no era *numerus clausus*, lo cierto es que al mismo se atuvieron los tribunales inferiores para aplicar la doctrina jurisprudencial a las cláusulas suelo objeto de su enjuiciamiento, al comprobar la concurrencia de dicho elenco fáctico en las sometidas a su consideración. Este modo de operar, a efectos de declarar la nulidad por oscuridad determinante de abusividad, no supondría una reprocha-

ble traslación acrítica de esa doctrina, siempre que el tribunal correspondiente justifique que los supuestos sobre los que se pronuncia son similares a aquellos que determinaron la decisión del Alto Tribunal (STS 24.3.2015, FJ 9.º). En este sentido, la SJM n.º 11 Madrid 7.4.2016 que, apoyándose en esa lista de circunstancias (FJ 9.º, 9.3.2 y 9.4), declaró nulas por falta de transparencia las cláusulas suelo presentes en préstamos hipotecarios de cuarenta entidades financieras, número en que quedaron las inicialmente demandadas por ADICAE tras sus correspondientes procesos de fusión.

En ámbito de valoración específica –acción individual– el Alto Tribunal aplicó su doctrina del control de transparencia sobre cláusula suelo en las SSTS 8.9.2014, 29.4.2015, 24.2.2017, 9.3.2017, 25.5.2017, 6.6.2017 y 8.6.2017. De todas ellas, solo la STS 9.3.2017 consideró que la cláusula en cuestión superaba dicho control. Veamos a continuación las aportaciones más relevantes de este elenco de sentencias.

Respecto a las SSTS 8.9.2014 y 29.4.2015, el Alto Tribunal señaló en la primera de ellas que, a efectos del principio de transparencia real, la cláusula suelo constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de los préstamos hipotecarios a interés variable, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable, tanto en el marco de dicha oferta como en el de las escrituras públicas de tales préstamos, *sin que la entidad prestamista pueda descargar su deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados*<sup>398</sup>; en consecuencia, apreció oscuridad de la cláusula cuestionada al aparecer, en las correspondientes oferta vinculante y escritura, dentro de una estipulación más amplia –relativa al tipo de interés

---

<sup>398</sup> Al respecto, dice la STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 9, que «*sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia*». Para la DGRN, el deber de transparencia «*debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predispuestas*», aunque reconoce que «*si bien «lege ferenda», ello debiera ser suficiente, sin embargo la literalidad del artículo 6 de la Ley 1/2013 (...) se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto*» (RDGRN 12.3.2015, FJ 6.º); esto es, en su opinión el cumplimiento del protocolo, derivado del Reglamento Notarial y la OTPC, bastaría para garantizar la transparencia de la cláusula suelo, mas el legislador obliga al notario a acompañar a la escritura de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda la expresión manuscrita *ex art. 6 Ley 1/2013*. Pues bien, a tenor de lo dicho por el TS, ni una cosa ni otra excluiría la apreciación del eventual carácter abusivo por falta de transparencia real.

variable— sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de la contratación (STS 8.9.2014, FJ 2.º, pto. 9). Igualmente consideró el Tribunal Supremo que la cláusula suelo objeto de análisis en la segunda resolución citada no era transparente, apreciando por ello su carácter abusivo y consiguiente nulidad, por haber recibido un tratamiento secundario en la información suministrada al consumidor, hasta el punto de no estar en el folleto de la oferta realizada, y ubicándose donde sí aparecía —oferta vinculante y escritura de préstamo— entre una abrumadora cantidad de datos que no permitía hacerse idea cabal de su significado y trascendencia, máxime cuando no se incluyeron simulaciones del comportamiento del tipo de interés en distintos escenarios ni tampoco una advertencia sobre el coste comparativo con otros productos de la entidad crediticia, impidiéndose así al consumidor conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad del tipo de interés (STS 29.4.2015, FJ 14.º, pto. 6).

Tras adaptar en la plenaria STS 24.2.2017 (FJ 5.º) su controvertida jurisprudencia de la nulidad sin plena restitución a la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* —adaptación reiterada, i.a., en SSTS 25.5.2017 (FJ 5.º) y 6.6.2017 (FJ 4.º)—, el Alto Tribunal dictó la también plenaria STS 9.3.2017, que desestimó el recurso de casación interpuesto por dos consumidores pretendiendo la nulidad de cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario de Caja Rural de Teruel, al concluir la Sala 1.ª (confirmando la SAP Teruel 27.5.2014, desestimatoria de la apelación interpuesta contra la resuelta validez de la cláusula enjuiciada en primera instancia) que en este caso la cláusula cumplía los requisitos de transparencia establecidos por la doctrina iniciada con la STS 9.5.2013.

Al respecto, advirtió la STS 9.3.2017 (FJ 2.º, pto. 7) que lo fundamental en el análisis del control de transparencia no es que el órgano *a quo*, para poder concluir que la cláusula cuestionada supera tal control, tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la STS 9.5.2013; sino que lo verdaderamente relevante es la comprobación en el caso enjuiciado de que *«la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del*

*contrato*»<sup>399</sup>, pudiendo en cada caso concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga nítidamente de relieve el cumplimiento o no de la exigencia de transparencia. A tal efecto, señaló la STS 9.3.2017 (FJ 2.º, pto. 5) que en una acción individual el juicio sobre transparencia no tiene por qué atender solo al documento en el cual está inserta la cláusula o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios, como la labor del notario autorizante de la operación de préstamo hipotecario o que la cláusula aparezca en él resaltada<sup>400</sup>; medios a través de los cuales se pudo acabar de cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

Apostilló después la plenaria STS 8.6.2017 (FJ 6.º, ptos. 11 y 23) que ni la intervención notarial ni la utilización de negrilla en algunos pasajes de la cláusula documentada en la escritura pública bastan *per se* para sustituir la necesaria información precontractual, sino que a lo sumo servirían, cuando dicha información se facilite, para complementar la recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo. Además, tampoco basta que el consumidor tenga una cierta formación, incluso relacionada con el mundo del Derecho o la empresa, para considerarlo un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar una cláusula suelo y ser consciente de

---

<sup>399</sup> STS 9.5.2013, aptdo. 211, reproducido, al efecto de recordar los requisitos de transparencia exigidos por la Sala 1.ª, en la STS 9.3.2017, FJ 2.º, pto. 7, donde, para reforzar esta idea, trajo a colación el aclaratorio ATS 3.6.2013 –al que ya nos referimos *supra*– y el ATS 21.9.2016, que inadmitió un recurso de casación en el que se pretendía una revisión de la valoración probatoria efectuada por el órgano de apelación para ofrecer su propia valoración que llevaría a concluir que la cláusula suelo, cuestionada vía acción individual de nulidad, se configuró sin cumplir el control de transparencia; inadmisión fundamentada en que «la valoración efectuada por la sentencia, inatacable a través de este recurso, condujo a concluir lo contrario, esto es, que el prestatario tuvo un conocimiento real del alcance y significación de esta cláusula en el conjunto del contrato, ya que se le explicó el funcionamiento de esta cláusula. De forma que la sentencia dictada, de respetar su base fáctica, no resulta contraria a la doctrina de esta Sala. Y en orden a esta conclusión, tampoco existe una situación de hecho idéntica a la enjuiciada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, referida a una acción colectiva, que justifique vulneración del principio de igualdad» (ATS 21.9.2016, FJ 3.º).

<sup>400</sup> Argumenta la STS 9.3.2017 que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia» (FJ 2.º, pto. 5), considerando que las razones vertidas en la sentencia recurrida corroboran que el control de transparencia respetó la jurisprudencia: «Los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla»» (FJ 2.º, pto. 6).

sus efectos pese a la falta de información adecuada por parte del banco predisponente (ib., ptos. 17 y 18).

Ocupándose de la eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en litigios donde se ejercitaron acciones colectivas, la citada STS 8.6.2017 estableció (FJ 2.º) que la sentencia firme estimatoria de una acción colectiva debe traer como consecuencia que en un posterior litigio en que se ejercite una acción individual sobre nulidad de la misma cláusula suelo por falta de transparencia, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia previa, *salvo cuando consten en el litigio posterior circunstancias excepcionales*, referidas al perfil del cliente –conocimiento experto en el contrato– o a la información suministrada por el predisponente en el caso concreto –información que resalte, en línea con los criterios *ex* STS 9.5.2013, la existencia de la cláusula suelo y su trascendencia–, *que se aparten significativamente de lo que pueda considerarse el estándar medio* y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual.

Nótese que la doctrina sentada por la STS 8.6.2017 se refiere a la eficacia de la sentencia dictada en acción colectiva en cuanto a los pronunciamientos favorables para el consumidor (nulidad por apreciación de abusividad) que, sin ser parte en el proceso sobre dicha acción, ejercita una acción individual en litigio ulterior; no a la eficacia que pudieran tener pronunciamientos de la sentencia previa desfavorables para dicho consumidor, como limitar la plena retroactividad de la nulidad declarada. Sobre esto último ya sentó la plenaria STS 24.2.2017 (FJ 3.º) que tal pronunciamiento desfavorable no tiene efecto de cosa juzgada respecto de ese proceso posterior, pues no puede perjudicar al consumidor que ejercita la acción individual lo antes acordado en un proceso en que no intervino; doctrina reiterada en la también plenaria STS 25.5.2017 (FJ 2.º) y en la STS 6.6.2017 (FJ 2.º).

### C.III) Incidencia procedimental interna de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*. Medios excepcionales de reparación

Habiendo analizado ya (en epígrafe 3.2.1. B) la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitación de la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad, originada con la STS 9.5.2013 para las cláusulas suelo nulas por apreciada oscuridad abusiva –según los criterios jurisprudenciales antes ex-

puestos–, y finalmente reprobada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*; es momento ahora de abordar las opciones que con dicho reproche se abrieron en orden a lograr la plena restitución de cantidades indebidamente cobradas a consumidores afectados por dichas cláusulas<sup>401</sup>.

Esas opciones –entre las que se encuentra el voluntario sistema de reclamación extrajudicial establecido por *Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*<sup>402</sup> (en adelante, RDL 1/2017)– varían en función de diversos parámetros, que pueden dificultar la buscada restitución integral hasta el punto de tener que plantearse, como única vía reparadora, una eventual reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado Juez.

Son precisas unas básicas observaciones previas sobre la cosa juzgada y, en relación con esta, el instituto de la preclusión y la revisión de resolución firme; observaciones tras las cuales pasaremos a realizar un análisis circunstanciado de las diferentes situaciones en que el consumidor pueda hallarse al pretender invocar el reproche del Tribunal de Justicia a la doctrina del Tribunal Supremo, lo cual nos llevará por último a examinar los medios excepcionales de reparación, esto es, revisión y reclamación patrimonial al Estado.

---

<sup>401</sup> Sobre estas y otras cuestiones relacionadas, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas-suelo», en *Almacén de Derecho*, 21.12.2016 (<http://almacendederecho.org>), e «¿Y ahora qué?», en *Indret*, 1/2017 ([www.indret.com](http://www.indret.com)); BALLESTEROS GARRIDO, J. L., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo sobre la cláusula suelo y su aplicación», e «Invalidez de la renuncia a reclamar la devolución de cantidades cuando se firma acuerdo para eliminar el suelo», en *Blog de Consumerista* ([www.rankia.com/blog/consumerista](http://www.rankia.com/blog/consumerista)), 21.12.2016 y 30.1.2017, resp.; CAÑIZARES LASO, A., «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *RDC*, vol. III, n.º 4, 2016, pp. 103-123 (<http://nreg.es>); SOLER SOLÉ, G., «TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado», en *DLL*, 20.1.2017, online (<http://diariolaley.laley.es>); SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho vLex*, n.º 152, enero 2017; RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E., «Implicaciones, a vuelo pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo», en *RAD*, n.º 1/2017 (BIB 2017, 10531); CÁMARA LAPUENTE, S., *op. cit.*, 2017a, y «Limitaciones y extralimitaciones del TS y también del TJUE», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 71, 2017, pp. 16-20; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*, 2017a, y *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, 2017; MORENO TRAPIELLA, P. C., *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Madrid, 2017; LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (coord.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona, 2017; GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, Madrid, 2017.

<sup>402</sup> A este sistema nos referiremos en varios puntos del análisis procedimental circunstanciado que vamos a abordar en este epígrafe desde la vía judicial. Para un examen detallado del mecanismo extrajudicial, creado por el Gobierno ante el previsible aumento de litigios tras la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, *vid.*, por todos, PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2017b, pp. 247-254.

C.III.a) Observaciones previas

Téngase presente que la firmeza de una resolución, sea cual fuere<sup>403</sup>, supone hablar de *cosa juzgada formal* que despliega sus efectos –solo– dentro del proceso en que fue dictada la resolución firme, en los términos del art. 207.3 LEC, esto es, el tribunal del proceso en que recayó deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ella. La cosa juzgada formal es presupuesto de la *cosa juzgada material*, predicable según art. 222.1 LEC de las *sentencias firmes* –si bien el art. 447 LEC les niega tal efecto a ciertas sentencias en sus aptdos. 2 y 3, al tiempo que el 4 lo excluye respecto a «*las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes nieguen esos efectos*»–, cosa juzgada material cual es la que influye en un ulterior proceso, bien negativamente (función excluyente, *non bis in idem*) si el objeto del proceso es idéntico al que ya fue juzgado, bien positivamente (el nuevo proceso debe resolverse de acuerdo con lo antes resuelto) si no hay plena identidad objetiva pero sí conexión con el objeto procesal que ya fue juzgado, y siempre que las partes sean las mismas *jurídicamente hablando*, pues la cosa juzgada afectará a los sucesores (herederos y causahabientes) de los litigantes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme al art. 11 LEC (art. 222, aptdos. 3 y 4 LEC).

La cosa juzgada material no opera de manera ilimitada. Además de los límites subjetivos –mismas partes– y objetivos –de la acción ejercitada, esto es, mismo *petitum* y misma *causa petendi*– establecidos por el art. 222 LEC, el precepto también contempla límites temporales, en cuya virtud no operará la cosa juzgada para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de *hechos nuevos y distintos*, en relación con el fundamento de las pretensiones de la demanda –principal y reconventional–, considerándose por tales «*los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen*» (222.2 LEC).

Al respecto, hay que recordar que el primer momento preclusivo de alegaciones se produce con los escritos iniciales, disponiendo el art. 400.1 LEC que «*cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*», sin perjui-

---

<sup>403</sup> La firmeza alcanza a todo tipo de resoluciones, por ser predicable de cualesquiera contra las que no quepa ya recurso alguno «*bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado*» (art. 207.2 LEC).

cio de la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia permitida en momentos posteriores a los escritos iniciales, como la audiencia previa (art. 426 LEC) o antes de empezar el plazo para resolver (art. 286 LEC), siendo último momento preclusivo para introducir nuevas alegaciones el comienzo de dicho plazo. Añade el art. 400.2 LEC que a efectos de cosa juzgada «*los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste*». La cosa juzgada material cubre pues no solo lo deducido sino también lo que se hubiere podido deducir, máxima que empero, como reconoce el Tribunal Supremo, no puede tener efectos absolutos, al ser inaplicable cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas<sup>404</sup>.

Y si el fundamento de los límites temporales de la cosa juzgada responde a «*un elemental principio de justicia*»<sup>405</sup>, la finalidad de la revisión de sentencia firme, medio impugnatorio excepcional (previsto en los ámbitos civil, arts. 509-516 LEC, penal, arts. 954-961 LECrim, y contencioso-administrativo, art. 102 LJCA; añadiendo el social, art. 236 LJS, los laudos firmes, con independencia de que la propia LAr., art. 43, prevea su revisión conforme a lo establecido en la LEC) que supone una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada, se orienta «*a la prevalencia del principio de justicia material sobre el de seguridad jurídica que acompaña a toda sentencia firme obtenida en un proceso judicial*»<sup>406</sup>.

<sup>404</sup> STS 4.2.2016, FJ 2.º, primer motivo, Decisión de la Sala, pto. 2.

<sup>405</sup> STS 30.9.2000, FJ 2.º: «*Dice la sentencia de 20 de abril de 1988 que «el principio de seguridad jurídica que la inmutabilidad de la cosa juzgada entraña proclama que la vida jurídica no puede soportar una renovación continua del proceso. En efecto, en puridad de doctrina, los ordenamientos jurídicos prefieren el efecto preclusivo de la «res judicata» como mal menor y que cuenta a su favor con el principio de seguridad jurídica; pero un elemental principio de justicia obliga a matizar el anterior principio y a establecer como regla de excepción aquella que predica que no es predecible la cosa juzgada cuando en el primer proceso no se hubieran agotado todas las posibilidades fácticas y jurídicas del caso o haya surgido algún elemento posterior e imprevisto y extraño en la sentencia. Es decir, el efecto preclusivo se da cuando el proceso terminado haya sido susceptible jurídicamente de un agotamiento del caso. En consecuencia no existe cuando se dé esa posibilidad y el proceso posterior que complementa el anterior no vulnera el principio «non bis in idem». De ahí que en alguna ocasión, se haya recurrido a la denominada eficacia temporal de la cosa juzgada de que ya se hizo aplicación en las sentencias de 19 de marzo de 1973 y 25 de marzo de 1976»; doctrina que es recogida en las posteriores sentencias de 24 de diciembre de 1997 y 6 de mayo de 1998*». Ese pasaje también es citado por la STS 4.2.2016, FJ 2.º, primer motivo, Decisión de la Sala, pto. 2., para advertir que no puede tener efectos absolutos la máxima consagrada en el art. 400 LEC.

<sup>406</sup> STS, 4.ª, 18.4.1991, FJ 2.º; STS, 4.ª, 16.1.2013, FJ 3.º y sentencias citadas. STC 18.12.1984, FJ 6.º: «*su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el artículo 1.1 de la Constitución junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los valores superiores que propugna el Estado social y democrático de Derecho en el que España, en su virtud, se constituye*».

### C.III.b) Análisis procedimental circunstanciado

Deben diferenciarse los procedimientos declarativos por iniciar, iniciados pero no concluidos, y los terminados sin sentencia o con esta firme. Los declarativos, a su vez, deben distinguirse de los procedimientos ejecutivos en que, o bien no se opuso el consumidor a la ejecución o hubo oposición por causas distintas a la abusividad de la cláusula suelo, o en cambio sí opuso dicha abusividad. Aquí es de menester recordar que una cosa es el eventual incidente de oposición, el cual termina por auto –que según estemos en ejecución ordinaria o hipotecaria cabe discutir si su firmeza produce efecto de cosa juzgada material–, y otra cosa la ejecución en sí, que no acaba hasta la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 570 LEC), normalmente vía subasta, luego si se promueve un declarativo estando aún viva la ejecución, si bien no la suspendería, cabría en la hipotecaria<sup>407</sup> solicitar la «*retención del todo o de una parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor*», medida cautelar de retención prevista en el art. 698.2 LEC para asegurar la efectividad de la sentencia del declarativo –instado en reclamación de todas las cantidades cobradas indebidamente–, medida que puede ser sustituida por fianza del acreedor hipotecario, a tenor de lo dispuesto en el art. 698.3 LEC.

#### *Procedimientos declarativos por iniciar*

En caso de que el consumidor decida no acudir al mecanismo extrajudicial *ex* RDL 1/2017, ninguna objeción habría para que solicitara judicialmente la plena restitución en base al pronunciamiento de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*. Ahora bien, aunque no esté obligado a intentar previamente ese cauce extrajudicial –de hacerlo, queda vedado el ejercicio de la acción judicial hasta su conclusión, suspendiéndose hasta entonces el proceso que se iniciara sin esperar a que se resolviera la reclamación, cuyo plazo máximo es de tres meses desde que se presente<sup>408</sup>–, dicho RDL prevé, en caso de no haberse

---

<sup>407</sup> Al respecto recordemos que en nuestro sistema procesal es irreversible la adjudicación final a un tercero del bien hipotecado, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañase la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el caso de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (art. 131 LH); mas, como señalara la Sentencia *Aziz*, se trata de un supuesto residual, «*ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos*» (aptdo. 58).

<sup>408</sup> Art. 3 RDL 1/2017, aptdos. 4 y 6.

acudido al mismo, unas reglas sobre costas que alteran las propias de la LEC en materia de allanamiento<sup>409</sup>.

Y es que, mientras el art. 395.1. II LEC ordena, a efectos de condena en costas al demandado de mala fe que se allane antes de contestar la demanda, que *en todo caso existe mala fe* si se le hizo un requerimiento fehaciente de pago previo a presentarse la demanda; el art. 4.2.a) RDL 1/2017 establece que debe considerarse que no hubo mala fe de la entidad crediticia que se allanase antes de contestar la demanda, esto es, aunque el consumidor haya requerido extrajudicialmente al margen del cauce *ex art. 3 RDL 1/2017*, es más, si hubiera hecho la reclamación previa ahí contemplada lo único que conseguiría es que se aplicase el art. 4.1 RDL 1/2017, por el que solo se impondrán costas a la entidad si en sentencia resultara condenada a pagar más de la cantidad que ofreció al consumidor y con la cual este no estuvo conforme. Misma regla de condena a mayor cuantía, esta vez a la consignada, prevé el art. 4.2.b) RDL 1/2017, para cuando se osase no acudir a este virtuoso cauce extrajudicial –haya hecho o no el consumidor reclamación previa a la judicial por otro medio fehaciente– y la entidad se allanara parcialmente, consignando la cantidad a cuyo abono se comprometa.

Hechas estas advertencias, pasemos a la reclamación judicial que nos ocupa. Como adelantamos, sin objeción para instar en demanda particular la plena restitución. Si se trata de consumidor con préstamo hipotecario de aquellos cuyas cláusulas suelo se declararon nulas, en el marco de acciones de cesación, por STS 9.5.2013 (préstamos de BBVA, Cajamar y NCG, hoy Abanca), STS 24.3.2015 (Cajasur, antes BBK Bank Cajasur), STS 23.12.2015 (Banco Popular)<sup>410</sup> u otras sentencias firmes estimatorias de acción de cesación sobre

<sup>409</sup> Si dicha alteración, que penaliza al consumidor que acuda directamente a los tribunales para defender sus derechos, hubiese sido concebida para incentivar esa vía extrajudicial de reclamación, con la que se pretende «evitar que se produzca un aumento de los litigios que tendrían que ser afrontados por la jurisdicción civil, con un elevado coste a la Administración de Justicia por cada pleito» (RDL 1/2017, EM, III), téngase en cuenta lo dicho por el Tribunal de Justicia en relación con la necesidad de evitar la saturación de los tribunales: «cabe afirmar que el ejercicio efectivo de los derechos subjetivos que la Directiva 93/13 reconoce a los consumidores no puede quedar obstaculizado por consideraciones vinculadas a la organización judicial de un Estado miembro» (Sentencia Sales Sinués, aptdo. 42).

<sup>410</sup> Recordemos que en ninguna de las tres demandas rectoras de los procesos vistos por el Alto Tribunal se acumularon a las respectivas acciones de cesación accesorias reclamaciones de devolución pecuniaria, de ahí que las SSTS 24.3.2015 y 23.12.2015 no se pronunciaron sobre la restitución de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula. Sí lo hizo sobre su alcance temporal la STS 9.5.2013, de manera incongruente porque no formaba parte del objeto del proceso, careciendo tal pronunciamiento de eficacia de cosa juzgada, como reconocería después, en el marco un litigio individual con acumulación de acciones –nulidad y restitución–, la STS 25.3.2015 (FJ 5.º): «Al apreciarse que a la acción de cesación no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula».

este tipo de cláusulas, téngase presente que el propio Tribunal Supremo ha dicho, con ocasión de la adaptación de su jurisprudencia a la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, que no hay identidad objetiva entre las acciones colectivas e individuales al tener objetos y efectos jurídicos diferentes, y que por tanto, frente al consumidor que no fue parte en el proceso donde se ejercitó la acción colectiva ni fue determinado individualmente en la propia sentencia estimatoria de dicha acción, carece tal sentencia de fuerza de cosa juzgada para limitar la eficacia restitutoria plena de la declaración de nulidad de la cláusula suelo que acontezca en un proceso ulterior en que dicho consumidor ejercite una acción individual<sup>411</sup>, sin perjuicio de que en ese posterior litigio la regla general sea, como vimos antes, que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en la sentencia previa estimatoria<sup>412</sup>. Si se tratara de consumidor con préstamo de entidad distinta a las condenadas por sentencias firmes estimatorias de acción colectiva o suscrito con una de esas entidades en otro período, podría pedir ese consumidor la plena restitución pasando por debate contradictorio sobre la abusividad de la concreta cláusula suelo –no idéntica a las allí examinadas y proscritas–. Lógicamente en todos estos casos partimos de que sea la primera vez en que inste el consumidor la nulidad de la cláusula y sus consecuencias, esto es, sin previa resolución (sentencia o auto resolutorio de oposición a la ejecución) que decidiera sobre el asunto particular; de no ser así estaríamos ante alguno de los supuestos que después analizamos.

¿Cabe mantener lo dicho si quien demanda por vez primera hubiera firmado que no reclamaría como condición (im)puesta por su entidad para dejar de aplicar, total o parcialmente –rebaja del suelo–, la cláusula a partir de entonces? Sí, habida cuenta de que, rigiendo aquí la nulidad radical, con la consecuente restitución plena, tal nulidad, como tiene declarado el Tribunal Supremo, es insubsanable y no convalidable por actos propios<sup>413</sup>, ni siquiera el consistente en pedir que se redujeran en lo posible los efectos de la cláusula suelo –su rebaja sería nula por serlo también la obligación novada, sin salvedad *ex art.* 1208 CC al tratarse de nulidad apreciable de oficio–, que no impe-

---

<sup>411</sup> STS 24.2.2017, FJ 3.º, pto. 2 –trayendo a colación la parte dispositiva de la Sentencia *Sales Simués* y su aptdo. 30– y pto. 4; STS 25.5.2017, FJ 2.º; STS 6.6.2017, FJ 2.º; STS 8.6.2017, FJ 2.º, ptos. 4 y 5.

<sup>412</sup> STS 8.6.2017, FJ 2.º, pto. 10, advirtiendo que el juez solo podría negar el carácter abusivo cuando «consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que pueda considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual».

<sup>413</sup> STS 19.11.2015, FJ 3.º, pto. 3 y jurisprudencia citada.

diría instar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo indebidamente cobrado por su aplicación<sup>414</sup>.

Advertir por último que no parece factible acudir al mecanismo *ex* RDL 1/2017 tras una transacción extrajudicial como la antes referida, pues la DT única del mismo solo se refiere a los procedimientos judiciales en curso a su entrada en vigor.

*Procedimientos declarativos por resolver, terminados sin sentencia o con sentencia no firme*

Hay que diferenciar los procedimientos terminados sin sentencia y aquellos aún no resueltos o cuya resolución fue recurrida. Respecto a los primeros situamos en el caso de que se hubiera llegado a una transacción judicial –acuerdo homologado por auto, título ejecutivo–, terminando el proceso con auto de sobreseimiento, supuesto en que no habría cosa juzgada material pero sí *exceptio pacti*, que puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la ley solo se refiere a ella como causa oponible a la ejecución ordinaria de títulos no judiciales (art. 557.1.6.ª LEC); excepción de transacción de significado semejante, que no idéntico, al de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, pues la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas en un proceso ulterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior, lo cual ha reconocido el Tribunal Supremo respecto a las transacciones judiciales<sup>415</sup>. Vista la DT única del RDL 1/2017, no parece viable reclamar extrajudicialmente por el cauce de su art. 3 lo no obtenido con la transacción judicial, pues esta pone fin al proceso y aquel régimen transitorio solo se contempla para los procesos en curso a la entrada en vigor de tal real decreto.

En cuanto a los procedimientos pendientes de resolución o con esta apelada o recurrida en casación la sentencia de segunda instancia, declarativos y recursos cuya tramitación en muchos tribunales se decidió suspender hasta la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia

<sup>414</sup> STS 16.10.2017, FJ 6.º

<sup>415</sup> Que «aunque puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC nos las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento» (STS 5.4.2010, FJ 3.º), *ergo* el consumidor que transigió otra cosa que no fuera la plena restitución, creyendo fundadamente que la doctrina de las SSTS 9.5.2013 y 25.3.2015 le vedaba alcanzar aquella, tendría abierta la puerta de la impugnación por error *ex* 1266 CC (excusable pues dicha doctrina pudo generar una falsa representación mental determinante para transigir) en el plazo de cuatro años desde la consumación de la transacción (art. 1301 CC).

sobre la doctrina del Tribunal Supremo<sup>416</sup>; las partes podrán someterse al mecanismo *ex art. 3 RDL 1/2017*, solicitando la suspensión (DT única). Descartada esta opción –y levantada, en su caso, aquella suspensión acordada de oficio por el tribunal–, cabría en primera instancia, para una íntegra restitución<sup>417</sup>: i) antes de empezar el plazo para dictar sentencia, alegar hechos nuevos *ex art. 286 LEC*, bien en el acto del juicio o por escrito de ampliación; ii) dentro incluso del plazo para resolver, aportar documentos nuevos *ex art. 271.2 LEC*, concretamente sentencia de fecha no anterior a las conclusiones.

Y en vía de recurso, el órgano *ad quem* que resuelva, tras la Sentencia *Gutiérrez Naranjo*, el recurso del consumidor contra la sentencia del *a quo* que limitó a mayo de 2013 los efectos retroactivos de la nulidad –no acogiendo la petición de plena restitución, planteada con carácter único o formulada como principal a la sí estimada subsidiaria de devolución limitada<sup>418</sup>– o el recurso interpuesto por la entidad financiera contra el fallo que no acordó dicha limitación, se vería ese órgano vinculado por la sentencia del Tribunal de Justicia –que ha de conocer, *iura novit curia*– en su faceta de «juez comunitario», debiendo resolver el recurso en el sentido indicado por ella, máxime desde que el art. 4 bis LOPJ fuera añadido con la reforma operada por LO 7/2015, precepto que en su aptdo. 1 dispone que «*Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*», y cuando el propio Tribunal Supremo, al adaptar su jurisprudencia al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, señalara la fuerza obligatoria *erga omnes* de las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia, «*por lo que son vinculantes*

<sup>416</sup> Ya fuere por haber planteado el tribunal cuestión prejudicial, ya por considerar que el planteamiento por otros tribunales hacía procedente la suspensión del propio asunto. En este segundo caso, mas hubiera sido preferible –*rectius*, imperativo– en el primero respecto a la casación que terminara por STS 9.5.2013, se encontró el TS al decidir, mediante ATS 12.4.2016, la suspensión del recurso interpuesto por Unicaja contra la SAP Jaén 21.5.2014, confirmatoria del fallo de primera instancia que declaró la nulidad de la cláusula suelo con efectos retroactivos desde la interposición de la demanda –porque así se solicitó en ella– (*vid.* en FJ 3.º de dicha SAP Jaén la argumentación dada por la Audiencia Provincial para entender no infringida la doctrina de la irretroactividad *ex* STS 9.5.2013).

<sup>417</sup> En caso de que se pidiera únicamente la devolución desde la demanda o desde mayo de 2013, el juez se vería vinculado a lo pedido por principio de justicia rogada *ex art. 216 LEC*, ergo para evitar el dictado de una sentencia incongruente *extra petita*, no daría de oficio más de lo solicitado.

<sup>418</sup> Téngase presente que el acogimiento de una petición subsidiaria supone una íntegra estimación de la demanda, con la correspondiente condena en costas al demandado (STS 27.9.2005, FJ 5.º y jurisprudencia citada), lo cual no veda que el actor que vea rechazada su petición principal pueda recurrir insistiendo en su estimación (STS 12.10.2012, FJ 3.º y jurisprudencia citada). En el caso que nos ocupa, la sentencia del órgano *a quo* que rechazara aquella acogiendo la subsidiaria afectaría desfavorablemente al consumidor actor –con derecho a recurrir por cumplirse el requisito *ex art. 448.1 LEC*–, pues el gravamen es evidente al ver minorada la pretensión principal que en relación a la cláusula suelo se ejercitaba en la demanda (así, SAP Asturias, Secc. 6.ª de Oviedo, 12.1.2017, FJ 1.º).

*no solo para el juez remitente, sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los estados miembros de la UE» (STS 24.2.2017, FJ 5.º, pto. 2 y SSTJ citadas); cuestión distinta es que el órgano *ad quem* pudiera no imponer costas en la alzada, por entender que hasta la Sentencia *Gutiérrez Naranjo* existían dudas de derecho sobre esta materia <sup>419</sup>.*

Respecto a esto último, no fue hasta la plenaria STS 4.7.2017 cuando se adoptó un criterio uniforme sobre costas en las instancias para todos los recursos pendientes en materia de cláusulas suelo, sentándose como regla general («*sin perjuicio de que alguno de ellos pueda presentar peculiaridades propias que justifiquen otra decisión*», FJ 1.º de la STS 4.7.2017, que cuenta con voto particular discrepante con la condena en costas al banco) la imposición de costas a la entidad crediticia condenada por cláusulas abusivas, en atención a dos principios, el de no vinculación del consumidor a tales cláusulas y el de efectividad del Derecho de la Unión <sup>420</sup>.

### *Procedimientos declarativos resueltos por sentencia firme*

El interrogante que se plantea es si, habiendo sentencia firme que imponga una restitución parcial, cabría de nuevo demandar, con base al pronunciamiento del Tribunal de Justicia, reclamando el tramo devolutivo que llegue hasta el momento en que se aplicó por primera vez la cláusula suelo declarada nula.

Parece evidente que la respuesta sería negativa si se reclamó una restitución plena en el primer proceso –aun con petición subsidiaria de devolución parcial–, pues en él ya se habría decidido la improcedencia de concederla aplicando la doctrina del Tribunal Supremo. La denegación por sentencia firme –ergo no recurrida o confirmada en la alzada– de esa pretensión de íntegra

<sup>419</sup> En este sentido, la SAP Asturias, Secc. 6.ª de Oviedo, 12.1.2017, FJ 4.º, y la SAP Cantabria 10.1.2017, FJ 7.º, argumentando esta última que la suspensión del plazo para resolver el recurso a la espera del criterio del TJ sobre la doctrina del TS, era representativa de la existencia de serias dudas de derecho, justificándose así la no condena en costas de la apelación (art. 394, al que remite el art. 398, ambos de la LEC). Por su parte, la SAP Pontevedra 11.1.2017, FJ 5.º, extendió su pronunciamiento de no condena en costas a la primera instancia «*porque, si bien la demanda es estimada en su integridad, lo cierto es que sobre esta cuestión existen posiciones divergentes entre los propios Tribunales, incluida la Sala 1.ª del Tribunal Supremo*».

<sup>420</sup> Señala la STS 4.7.2017, FJ 5.º, que ese criterio es el más ajustado a tales principios europeos porque la salvedad a la regla general del vencimiento *ex art. 394.1 LEC* perjudica al consumidor, que no quedaría indemne pese a contar a su favor con esa norma procesal, produciéndose entonces un efecto disuasorio inverso para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

devolución, produciría efecto de cosa juzgada material excluyente de un nuevo procedimiento declarativo que se promoviese con el fin que comentamos.

Sin embargo, no parece tan obvia la respuesta si en el primer procedimiento se reclamó, como consecuencia de la declaración de nulidad, solo una restitución limitada a las cantidades indebidamente cobradas desde mayo de 2013, porque entonces no habría sido objeto de pronunciamiento judicial la procedencia de total devolución<sup>421</sup>.

En este supuesto, la firmeza de la sentencia, que vendría de no recurrirla el consumidor por íntegramente estimatoria de su demanda –y no tratarse del caso en que a pesar de ello rechazara una petición principal de plena restitución–, operaría o no como excluyente de un ulterior proceso donde se reclamase el resto (por tanto, *petitum* no idéntico, identidad requerida para la cosa juzgada material *ex art. 222 LEC*) en función de la interpretación que a tal fin se haga del art. 400.2 LEC, el cual, como ya vimos, extiende el efecto de cosa juzgada a los hechos y los fundamentos jurídicos que hubiesen podido alegarse en el primer litigio.

Pues bien, el propio Tribunal Supremo ha establecido que dicho precepto está en relación de subordinación respecto a la norma contenida en el art. 400.1 LEC, de forma que solo se justifica su aplicación para apreciar los efectos de la cosa juzgada material cuando en los dos procesos se hayan formulado idénticas pretensiones<sup>422</sup>. Por tanto, hay que atender, no a lo que pudiera haberse pedido en el primero (plena restitución), sino a lo que se pidió (devolución de lo indebidamente cobrado desde mayo de 2013) y lo que se va a pedir en el segundo (reclamación del resto); de manera que, no siendo el *petitum* de ambos idéntico, el proceso anterior puede verse complementado por uno posterior donde, para lograr la consecuencia jurídica ahora pretendida, *cabría alegar no solo lo que no pudo invocarse entonces* –el pronunciamiento del TJ y alegación jurídica en él basada– *sino también lo que podría haberse invocado* –el derecho del consumidor a quedar indemne de clausulado abusivo, con base en la jurisprudencia sobre el art. 6.1 Directiva 93/13 previa al reproche del TJ y aplicable por principio de primacía<sup>423</sup>– *si hubiera sido otra la petición, que no se formuló, en el proceso anterior*.

<sup>421</sup> Igualmente, por riesgo de exceder los límites de la sentencia, si se ejercitó acción de nulidad sin expresa petición restitutoria.

<sup>422</sup> STS 9.1.2013, FJ 4.º y jurisprudencia citada. Haciendo referencia a esta sentencia, PERTÍÑEZ (*op. cit.* 2017a, p. 12) señala que la preclusión del art. 400 LEC lo es solo respecto de las alegaciones fácticas y jurídicas que se pueden hacer de una petición concreta, no respecto de peticiones que pudieron haberse formulado y no se formularon, sin que el referido precepto imponga al actor agotar en un solo procedimiento todas y cada una de las peticiones que pudieran derivarse de la misma *causa petendi*.

<sup>423</sup> Principio de primacía del Derecho de la UE que, como recuerda la STC 13/17, de 30.1.2017, FJ 6.º, «*se integra no solamente por por el conjunto de por el conjunto de normas del derecho primario y*

El proceso ulterior complemento del anterior no vulneraría el principio *non bis in ídem* al no haberse dado la posibilidad de un agotamiento jurídico del caso, esto es, cuando el primer proceso no puede abarcar todas las contingencias posibles o cuando surgen cuestiones nuevas, límite a la máxima consagrada en art. 400 LEC<sup>424</sup>. Y téngase presente que de ese complemento no cabe afirmar *per se* que la pretensión del segundo proceso sea meramente complementaria o accesoria de las deducidas en el primero, pues las circunstancias que rodean los hechos integrantes de la *causa petendi* de uno y otro serían diferentes, como distinta sería, por lo tanto, esta misma<sup>425</sup>.

Por último, téngase presente que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, procedería una interpretación normativa que no fuera en detrimento del consumidor, precisamente para evitar un reproche similar al que, de hecho, ya hiciera dicho Tribunal, en relación a nuestra norma preclusiva de la cosa juzgada por omisión, en la Sentencia 3.10.2013, *Duarte Hueros*, C-32/12 (en adelante, Sentencia *Duarte Hueros*)<sup>426</sup>.

### *Procedimientos ejecutivos en que no se apreció la abusividad de la cláusula suelo*

Tal falta de apreciación pudo deberse, en primer lugar, a no haberse opuesto el consumidor a la ejecución despachada<sup>427</sup>. En este caso no habría un auto que decidiera sobre el posible carácter abusivo de la cláusula suelo

---

*derivado de la Unión, sino también por la jurisprudencia emanada de la Jurisdicción comunitaria que así lo ha reconocido».*

<sup>424</sup> STS 4.2.2016, FJ 2.º, primer motivo, Decisión de la Sala, pto. 2, y jurisprudencia citada.

<sup>425</sup> STS 7.11.2011, FJ 2.º

<sup>426</sup> En ella, el TJ señaló que, con arreglo al art. 400 LEC, «*al demandante no se le concede la posibilidad de presentar una nueva demanda para hacer valer pretensiones que hubiesen podido deducirse, cuando menos con carácter subsidiario, en un primer procedimiento. Efectivamente, en virtud del instituto de la cosa juzgada, dicha demanda resultaría inadmisibile*» (aptdo. 36), y que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del sistema procesal español, «*existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no deduzca una pretensión subsidiaria, la cual, por lo demás, tendría por objeto una protección inferior a la que tiene por objeto la pretensión principal, ya sea debido a la relación especialmente inflexible de concomitancia que se da entre una y otra pretensión, ya porque el consumidor ignora o no percibe la amplitud de sus derechos*» (aptdo. 38), concluyendo que «*procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no se atiene al principio de efectividad, en la medida en que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, en los procedimientos judiciales iniciados a instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien entregado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a estos últimos*» (aptdo. 41).

<sup>427</sup> Al respecto recordar que, según reiterada jurisprudencia del TJ, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor deje pasar el plazo para oponerse, bien porque ignore sus derechos o no percibiese cabalmente la amplitud de los mismos, bien porque los gastos que acarree su ejercicio le disuadiera de defenderlos (Sentencia *Océano Grupo Editorial*, aptdo. 26; Sentencia *Cofidis*, aptdos. 34 y 35; Sentencia *Mostaza Claro*, aptdo. 28, Auto *Pohotovost*, aptdo. 42; Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 54;

y sus consecuencias, luego parece que sobre estas materias no existiría cosa juzgada, empero gravitaría en el instituto de la preclusión *ex art. 400 LEC* la cuestión de si cabría instar un declarativo interesando la plena restitución consecuencia de la nulidad de la cláusula, cuando el carácter abusivo pudiera haberse alegado en la ejecución como motivo de oposición.

En efecto, el interrogante surge ante la doctrina jurisprudencial contenida en la plenaria STS 462/2014, de 24.11.2014, reiterada en la también plenaria STS 28.11.2014. En ellas el Alto Tribunal consideró (FJ 6.º y FJ 4.º, resp.) que la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un declarativo posterior «*pretendiendo la ineficacia del ejecutivo seguido contra él*», dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el art. 400.2 LEC en relación con el art. 222 LEC. ¿Es aplicable esta doctrina a nuestro caso? Entendemos que no, ya que:

i) Considera operante el efecto preclusivo de la cosa juzgada por omisión *ex art. 400.2 LEC* sobre la base de que el ejecutado dejó de oponerse al despacho de ejecución por un motivo, esgrimido luego en declarativo, que, de haberse alegado y estimado dentro de la ejecución, hubiera determinado el sobreseimiento de esta, concretamente por causa de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, de ahí que lo buscado con el proceso declarativo fuese la ineficacia del ejecutivo; en cambio, no quedaría necesariamente afectada en su integridad la eficacia de la ejecución por la nulidad de la cláusula suelo, ya fuere de haberse alegado y acogido su carácter abusivo en la ejecución<sup>428</sup>, o de estimarse, junto con la reclamación de devolución, en el declarativo<sup>429</sup>.

ii) Aunque se sostuviere que dicha doctrina afecta analógicamente al caso planteado, la misma debería inaplicarse por principio de primacía del Derecho de la Unión, concretamente de su jurisprudencia según la cual las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva

---

Sentencia *Aziz*, aptdo. 58; Sentencia *Duarte Hueros*, aptdo. 38; Sentencia *BBVA*, aptdos. 39 y 40; Sentencia *Finanmadrid EFC*, aptdo. 52).

<sup>428</sup> Implicaría recalcular el importe de la deuda, cuestión distinta es que al hacerlo pudiese resultar mayor la suma debida al consumidor por la indebida aplicación de la cláusula suelo que la debida al banco por impago de unas pocas cuotas del préstamo; en cuya hipótesis, acaso factible de recalcularse desde la suscripción del préstamo, sí podría verse afectado el fundamento de la ejecución, claramente si hubiera ejecutado el banco vía art. 693.1 LEC, y, precisándose mayor análisis por su conexión con la cláusula de vencimiento anticipado, si ejecutara vía art. 693.2 LEC habiendo dado por vencido el préstamo por impago de unas sumas que pudieran no haberle habilitado para ello.

<sup>429</sup> En este sentido, apunta SOLER (*op. cit.*, p. 7) que lo decidido en sentencia meramente fijaría un importe al que condenar al acreedor, que debería abonar al margen del proceso ejecutivo, de tal manera que la incidencia en la seguridad jurídica y la cosa juzgada quedaría notoriamente diluida, desapareciendo así el fundamento subyacente de esa doctrina jurisprudencial.

(Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdo. 71), y que, de existir una o varias cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial concluido con resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional tiene obligación de apreciar, a instancia de parte o de oficio, cuando disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para ello, la abusividad de las cláusulas que no se examinaron en el proceso que dio lugar al acto que pasa en autoridad de cosa juzgada (Sentencia *Banco Primus*, aptdos. 51 y 52).

El mismo razonamiento permitiría defender la viabilidad de demandar en proceso declarativo la nulidad de la cláusula suelo y consiguiente restitución plena, cuando en el ejecutivo hubiera dejado de apreciarse su carácter abusivo, no ya por falta de oposición alguna, sino por alegar el consumidor la abusividad de distinta cláusula (v.g., de interés moratorio) —u otro motivo de oposición— y no haber controlado el juez *ex officio* el eventual carácter abusivo de otras —o cualesquiera— cláusulas del préstamo, control que, a la firmeza del auto resolutorio de la oposición, se entendiera ya vedado en la ejecución por efecto de la cosa juzgada formal.

*Procedimientos ejecutivos en que se apreció la abusividad de la cláusula suelo pero limitándose el efecto restitutorio de su nulidad*

De acogerse en la ejecución la nulidad de la cláusula suelo, por oposición o apreciación de oficio de su carácter abusivo, habría que determinarse nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso en virtud de dicha cláusula. Aquí influirá de manera notable la decisión judicial sobre el alcance de la retroactividad de la nulidad, hasta el punto de haberse llegado a considerar que la consecuencia en el procedimiento ejecutivo de la declaración de nulidad y devolución desde la fecha de suscripción del préstamo es el sobreseimiento de tal procedimiento, por no cumplirse los requisitos de exigibilidad y liquidez de la deuda<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> Así lo afirma el AAP Las Palmas 25.1.2017, FJ 3.º, pto. 3.3., «*Y ello por dos causas, cada una de ellas suficiente por sí misma para determinar el sobreseimiento de la ejecución: 1.º Porque «en todos los casos» la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del préstamo por efecto de la cláusula suelo, conlleva que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria «la deuda no era líquida»; 2.º Porque «en muchos casos» la obligación de retrotraerse en la vida del préstamo hipotecario y determinar nuevamente el importe de la deuda, aplicando sobre el principal el interés remuneratorio correcto, y con compensación de las cantidades indebidamente cobradas en exceso durante la vida del*

La cuestión es que, de seguir la doctrina del Tribunal Supremo limitativa del efecto retroactivo, el juez encargado de la ejecución en que se estime la nulidad de la cláusula suelo no ordenaría recalcular desde que el origen sino desde mayo de 2013, continuando la ejecución con una reducción de la deuda tal que aún se considerara exigible por esta vía<sup>431</sup>. Ante esta situación, ¿podría el consumidor, con base ya en la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, demandar en ulterior declarativo la devolución de los cobros indebidos desde el inicio del contrato hasta mayo de 2013?

La respuesta sería afirmativa si nos encontráramos en ejecución ordinaria, pues el auto resolutorio de la oposición a ella por motivos de fondo se dicta «a los solos efectos de la ejecución» (art. 561.1 LEC), ergo de quedar firme tal auto no pasaría en autoridad de cosa juzgada material, por tratarse de una resolución judicial a la que la ley, con esa expresión, le niega este efecto (art. 447.4 LEC) *–in claris non fit interpretatio*, empero el tema dista de ser pacífico<sup>432</sup>; y siendo factible un declarativo posterior, en nuestro caso estaría además justificado por acontecer un hecho, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que, por carácter novedoso, no pudo alegarse ni tenerse en cuenta entonces.

En ejecución hipotecaria la respuesta se torna más compleja desde el momento en que se reformara el art. 695.4 LEC, añadiéndose por RDL 11/2014 (DF 3.<sup>a</sup>, *idem* Ley 9/2015, de 25 de mayo) una previsión excluyente de eficacia de cosa juzgada material al auto resolutorio de la oposición basada en causa distinta a la abusividad (pfo. II, «sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución»), sin hacer lo mismo para el decisorio de la fundada en dicha causa (pfo. I), con lo cual parece no haber cobertura legal expresa que

---

*préstamo por efecto de la cláusula suelo, conllevará que en la fecha de presentación de la demanda de ejecución hipotecaria «la deuda no era exigible», pudiendo incluso suceder que el ahora ejecutado en realidad era acreedor y el banco o entidad financiera aquí ejecutante era el deudor».*

<sup>431</sup> Tal vino siendo el criterio general, mantenido, i.a., por AAP Barcelona, 16.1.2015, FJ 4.º

<sup>432</sup> Resume el estado de la cuestión la SAP Guipúzcoa 14.1.2015, FJ 2.º: «en el panorama doctrinal conviven sendos criterios contrapuestos: uno, que niega todo efecto de cosa juzgada material a la resolución de la ejecución; el otro, que se lo otorga respecto de las cuestiones que constituyen los motivos legalmente tasados de oposición. El primero se justifica en que en el proceso de ejecución no se desarrolla una actividad jurisdiccional cognitiva decisoria del derecho material que refleja el título, sino que sólo se resuelve sobre la acción ejecutiva, y así es que el art. 561 establece que el auto que resuelve la oposición por motivos de fondo es a los «solos efectos» de la ejecución (en este sentido la STS de 30-3-2012 vincula la ejecución al art. 118 CE y al deber de cumplimiento y respeto de las resoluciones judiciales firmes). Otro sector ve en la dicción del meritado artículo la traslación a la Ley de la doctrina jurisprudencial pergeñada entorno al art. 1.479 de la derogada Ley Rituaria y la cosa juzgada material de las resoluciones sobre el fondo recaídas en procesos sumarios (STS 12-3-2002, 11-3-2003 y 21 y 28-20-2005), de acuerdo con la cual, por razones de seguridad jurídica, debe de dotarse del efecto de la cosa juzgada material a lo resuelto dentro de los ámbitos de cognición limitados propio de los procesos en los que esa resolución recae».

excluya esa eficacia respecto al auto que en ejecución hipotecaria resuelva su oposición por abusividad.

Que esto impida o no plantear en nuestro caso un ulterior proceso declarativo dependerá de la interpretación que se haga de una norma, el art. 695.4 LEC, que, recordemos, hubo de ser remodificada, precisamente, por resultar su previa reforma, vía Ley 1/2013, contraria a Derecho de la Unión (Sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García*), al dispensar un diferente tratamiento procesal del recurso contra el auto decisorio de la abusividad opuesta, según a quien desfavoreciera tal auto. Pues bien, si se interpretara judicialmente que la actual dicción de la norma comporta un distinto tratamiento sobre el efecto de cosa juzgada, no ya solo respecto al previsto en sede de ejecución ordinaria, sino incluso dentro de la propia ejecución hipotecaria, quitándosele por acción al auto que resuelva motivos distintos a la abusividad oponible, y dándosele por silencio al que gane firmeza habiendo resuelto esa causa; entonces este último auto debería ser, en abstracto, impugnabile en revisión, acción excepcional contra resoluciones de las que se predica efecto de cosa juzgada, empero quien pretendiera ejercitarla se vería impedido por mor de una regulación procesal que solo contempla este medio impugnatorio para sentencias (únicamente la LJS lo hace también para laudos, con independencia de que según la LAr. sean revisables conforme a lo establecido en la LEC) y una jurisprudencia que niega su extensión interpretativa a los autos, precisamente por «*estar sólo previsto frente a sentencias firmes, de las que se predica tal efecto procesal*»<sup>433</sup>.

### C.III.c) Revisión y responsabilidad patrimonial estatal

¿Qué opción les queda a los consumidores que, por efecto de la cosa juzgada, incluso preclusivo por omisión, vean menoscabado su derecho a quedar plenamente indemnes del clausulado abusivo? En orden a una reparación integral exploraremos dos medios excepcionales, uno dirigido a cuestionar la fuerza de cosa juzgada de resolución judicial, cual es la acción de revisión de sentencia firme; otro cuyo fin no es alterar o modificar el pronunciamiento firme, sino la obtención de una indemnización estatal, cual sería la acción resarcitoria por responsabilidad patrimonial del Estado Juez. Estando ambos previstos en abstracto por nuestro ordenamiento, examinaremos en las líneas que siguen la posibilidad de aplicarlos al caso que nos ocupa.

---

<sup>433</sup> STS, 3.ª, 3.11.2011, FJ 2.º y jurisprudencia citada.

### *Revisión de sentencia firme*

Al afrontar el estudio relativo a esta acción autónoma de impugnación, la pregunta clave sería ¿acaso el principio de seguridad jurídica, que la inmutabilidad de la *res iudicata* entraña, está en todo caso por encima de la tución de los consumidores?

Partamos de que la propia Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* señaló (apdo. 68) que «*el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13*»<sup>434</sup>, pero luego añadió la Sentencia *Banco Primus* (apdo. 47) que «*salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público*».

La salvedad introducida a la prevalencia del instituto de cosa juzgada sobre la protección del consumidor nos conduce, en primer lugar, a recordar que tal institución prevista por un Derecho procesal nacional puede ser examinada a la luz del Derecho de la UE, pues aunque el sistema de aplicación del principio de fuerza de cosa juzgada se rige, a falta de normativa europea en la materia, por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, tal regulación ha de hacerse, no obstante, con observancia de los principios de efectividad y equivalencia (Sentencia *Fallimento Olimpiclub*, apdo. 24; Sentencia *Impresa Pizzarotti*, apdo. 54).

De hecho, no olvidemos que el Tribunal de Justicia ya analizó nuestro sistema de aplicación de cosa juzgada en relación con: i) el proceso monitorio –en su situación previa a la reforma operada por Ley 42/2015–, apreciando que no era conforme con el principio de efectividad al hacer imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva 93/13 dispensa a los consumidores<sup>435</sup>; ii) el ejercicio de los derechos de estos por falta de conformidad con el contrato del bien entregado, considerando que en ciertas circunstancias nuestra normativa procesal sobre cosa juzgada menoscabaría la protección dispensada a los consumidores por la Directiva 1999/44 al hacer excesivamente difícil, cuando no imposible, su aplicación tuitiva<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup> No hacía más que traer a sede de la Directiva reiterada doctrina respecto al Derecho de la UE en general, tal puede verse en STJ 10.7.2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13 (en adelante, Sentencia *Impresa Pizzarotti*), apdo. 59 y jurisprudencia citada.

<sup>435</sup> Sentencia *Finanmadrid EFC*, apdo. 54. Remitimos al análisis que sobre ello hicimos en epígrafe 3.1.1. B.

<sup>436</sup> Sentencia *Duarte Hueros*, apdo. 41. Cuando el consumidor con derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra se limita a reclamar judicialmente solo la resolución del contrato de com-

Y, en segundo lugar, advertir que *si un tribunal cuenta con la posibilidad nacional* de excepcionar normas de cosa juzgada para subsanar la infracción de disposiciones internas de orden público, *entonces estaría obligado*, por observancia del principio de equivalencia, a hacer lo mismo respecto a la contravención de normas europeas que, como ocurre con el art. 6 Directiva 93/13, son consideradas equivalentes a aquellas que a nivel interno tienen rango de normas de orden público; en este sentido, Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones* (aptdos. 53 y 54 y jurisprudencia citada), y particularmente Sentencia *Banco Primus* (aptdo. 47).

La cuestión pues sería ¿existe en Derecho español esa posibilidad? En abstracto sí, y la tiene el Tribunal Supremo mediante la revisión de sentencia firme. Y si la tiene en abstracto, como medio excepcional –en palabras del propio TS y del TC<sup>437</sup>– dirigido a quebrar la eficacia de la cosa juzgada por un imperativo de la justicia, consagrada en el art. 1.1 CE; esa posibilidad tornaría, por principio de equivalencia, en obligación concreta de revisar las sentencias firmes que vedaron el pleno efecto retroactivo de la declarada nulidad de cláusulas suelo abusivas, esto es, tanto aquellas que lo hicieron en aplicación de la doctrina del Alto Tribunal, como las suyas propias que sentaron tal doctrina limitativa contraria al art. 6.1 Directiva 93/13.

Pero la normativa procesal española, una vez más –como ocurriera en sede de ejecución, al no contemplar la oposición por abusividad, ni permitir su control de oficio–, desampara a los consumidores, en este caso vedándoles la posibilidad de esa revisión, solo prevista a instancia de parte y solo por los motivos tasados del art. 510 LEC, entre los que no se halla explicitada, a diferencia de otros ordenamientos<sup>438</sup>, la contravención de Derecho europeo por sentencia interna firme, sumado ello a una jurisprudencia nacional que impide salvar ese escollo con una *interpretación conforme*<sup>439</sup>, concretamente desde

---

praventa, no acordándose la misma porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, el consumidor no puede modificar su pretensión inicial ni presentar al efecto una nueva demanda, y ello sin que el juez que conoce del asunto pudiera reconocer de oficio la reducción del precio (id., aptdos. 35-40).

<sup>437</sup> STC 18.12.1984, FJ 6.º; STS, 4.ª, 18.4.1991, FJ 2.º; STS, 4.ª, 16.1.2013, FJ 3.º y jurisprudencia citada.

<sup>438</sup> Como el rumano, situación que tuvo ocasión de examinar la STJ 6.10.2015, *Târșia*, C-69/14 (en adelante, Sentencia *Târșia*); *vid.* en su aptdo. 3 la normativa rumana al respecto.

<sup>439</sup> Principio europeo que la Sentencia *Von Colson y Kamann* formuló en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional, agotando el margen de apreciación que su Derecho interno le concede, dar a la legislación nacional una interpretación y aplicación conformes con las exigencias del Derecho europeo (aptdo. 28). Doctrina profusamente reiterada, i.a., Sentencia *Marleasing*, aptdo. 8; Sentencia *Pfeiffer y otros*, aptdo. 114 y jurisprudencia citada; STJ 19.4.2016, *DI* (en adelante, Sentencia *DI*), aptdo. 31 y jurisprudencia citada.

que la STS 81/2016, de 18.2.2016, negase que fuera subsumible en ese tasado elenco la existencia de una STJ posterior a la sentencia nacional en cuestión.

Ahora bien, téngase presente que la exigencia de *interpretación conforme* incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia –tal la constituida por STS 81/2016, de 18.2.2016– si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional –art. 510 LEC en tal caso– incompatible con los objetivos de una Directiva –como la Directiva 93/13, que busca proteger al consumidor con su reconocido derecho de quedar indemne de cláusulas abusivas y disuadir así del uso de estas–, y que aun suponiendo que el órgano jurisdiccional se halle imposibilitado de interpretar la norma interna de conformidad con esa Directiva, le corresponde al menos garantizar, en el ámbito de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho de la UE a los justiciables y la eficacia plena de este, dejando si es preciso inaplicada cualquier disposición nacional contraria (Sentencia *DI*, aptdos. 33 y 35, así como jurisprudencia citada), en particular de carácter procesal, sin esperar la derogación previa de dicha disposición por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (Sentencia *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, aptdo. 33 y jurisprudencia citada).

Por tanto: i) si la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta la norma que recoge los motivos de revisión de manera tal que no considera la sentencia del Tribunal de Justicia como un «*documento decisivo*», obtenido después de pronunciada la nacional a revisar, del que la parte no pudo disponer *ex art. 510.1.1.º LEC*, ni que sea aplicable por analogía la posibilidad de revisión *ex art. 510.2 LEC*, esto es, a consecuencia de una STEDH que declare que la sentencia nacional se dictó en infracción de derechos reconocidos en el CEDH<sup>440</sup>; ii) y creyese el Alto Tribunal que no puede modificar tal jurisprudencia para darle a esa norma una interpretación con la cual quepa revisar un pronunciamiento judicial excluyente del pleno efecto restitutorio «*de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva*», exclusión a la que se opone el art. 6.1

---

<sup>440</sup> Respecto al motivo del art. 510.1.1.º LEC, invocado para pedir la revisión con una STJ, argumentó la STS 81/2016, de 18.2.2016 (FJ 3.º), que no sería «documento» a los efectos procesales pretendidos, porque ese motivo se refiere al soporte material y no, de entrada, al contenido, y que, aun considerándose como documento, no podría entenderse: i) «recobrado», por la inexistencia de la STJ al dictarse la sentencia nacional; ii) «retenido» por la otra parte, ni su falta de disposición se debió a fuerza mayor. Y en cuanto a la revisión a resultados de una STEDH, señaló esa STS (FJ 4.º, pto. 5) que el legislador no incluyó, cuando tuvo ocasión –LO 7/2015, que, por DF 4.º13, modificó el art. 510 LEC añadiendo el motivo de su aptdo. 2.–, igual solución para las SSTJ, luego al no preverse sería improcedente la revisión en base a estas.

Directiva 93/13 por afectar al contenido sustancial del derecho, a no estar vinculado por cláusulas abusivas, que esa norma atribuye al consumidor y que, en relación con el art. 7.1 Directiva 93/13, busca desincentivar el uso de tales cláusulas, fin que podría verse comprometido (Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, aptdos. 63, 66, 71, 73 y 75); iii) entonces, caso de que nuestro máximo órgano jurisdiccional albergara alguna duda, ante la revisión solicitada, de la necesidad de inobservar el elenco de la norma nacional –que, en su opinión, viniese impedido de interpretar de otra forma– por su posible contrariedad a Derecho de la Unión –al imposibilitar la obtención por esta vía, única que cabría ya articular al consumidor, de la íntegra restitución restablecedora de la situación previa a verse afectado por la cláusula abusiva–, vendría el Alto Tribunal obligado, conforme al art. 267. III TFUE, a remitir cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia<sup>441</sup>.

Téngase en cuenta la jurisprudencia europea sobre la obligación revisoria del órgano nacional, derivada del principio de cooperación –vigente art. 4.3 TUE–, respecto de resolución interna firme que, habiendo hecho una errónea interpretación del Derecho de la Unión, diera lugar a una situación jurídica opuesta a este, siempre que se cumplan los siguientes requisitos<sup>442</sup>: i) que la resolución haya alcanzado firmeza en última instancia sin haberse remitido cuestión prejudicial conforme al art. 267. III TFUE; ii) que jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a la resolución en cuestión ponga de manifiesto la incorrección de esta bajo Derecho europeo; iii) que la solicitud de revisión se haga

---

<sup>441</sup> Pues la sentencia que dicte el tribunal de revisión es irrecurrible (art. 516.3 LEC) y resulta, además, que dicho tribunal es el máximo órgano jurisdiccional nacional, ergo sus decisiones no son *per se* susceptibles de ulterior recurso de Derecho interno, decisión para la que sería pertinente en este caso una cuestión interpretativa del art. 6.1 Directiva 93/13, esto es: i) si se opone a una norma procesal, como el art. 510 LEC, por hacer esta prácticamente imposible o excesivamente difícil (principio de efectividad) obtener, por los consumidores afectados, los derechos reconocidos por la norma europea, y a la propia Directiva lograr sus fines; ii) en caso afirmativo, si debería entonces el TS inaplicar la norma nacional en cuestión. Téngase presente que no sería la primera vez que el Alto Tribunal elevara petición prejudicial solicitando al TJ que le proporcionase elementos de interpretación de los principios de efectividad y equivalencia, para permitirle apreciar si, en virtud del Derecho de la UE, estaría obligado a inaplicar normas nacionales; y es que, sobre las relativas a los recursos de responsabilidad patrimonial del Estado Legislador por infracción de ese Derecho, ya hizo el TS tal petición, que daría lugar a la STJ 26.1.2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08 (en adelante, Sentencia *Transportes Urbanos y Servicios Generales*), *vid.* aptdo. 26 y el análisis de COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2015, pp. 173-180.

<sup>442</sup> Señalados por primera vez en la STJ 13.1.2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00, aptdo. 28, y refinados por Sentencia *Kapferer*, aptdos. 22 y 23; STJ 19.9.2006, *i-21 Germany* y *Arcor*, C-392/04 y C-422/04, aptdos. 52 y 57; Sentencia *Kempter*, aptdos. 45 y 46; STJ 13.3.2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening y otros*, C-383/06 a C-385/06, aptdo. 56; Sentencia *Fallimento Olimpclub*, aptdos. 28-31; Sentencia *Asturcom Telecomunicaciones*, aptdo. 59; STJ 4.10.2012, *Byankov*, C-249/11, aptdos. 77-81; Sentencia *Impresa Pizzarotti*, aptdos. 62 y 64.

dentro del plazo establecido por la ley nacional –siempre que no impida o dificulte excesivamente el ejercicio de la pretensión revisoria–; iv) que la posibilidad de revisión esté prevista por el ordenamiento nacional.

A este último requisito se refirió el Tribunal Supremo, en la ya citada sentencia 81/2016, de 18.2.2016 (FJ 4.º), precisamente para negar su concurrencia, en tanto que la normativa procesal nacional no contempla que una STJ posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español. Pero obvió el Alto Tribunal que una cosa es que el Derecho de la Unión no obligue a que el Derecho nacional prevea la revisión, y otra cosa es que, teniéndola esta prevista al menos en abstracto, no sea viable en el caso concreto; porque entonces habría que examinar la modalidad procesal nacional, que no puede ser, con arreglo al principio de cooperación, menos favorable que la relativa a recursos similares de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni estar articulada de forma que haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad), derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen obligación de proteger, descartando incluso la aplicación de las disposiciones internas contrarias a ese Derecho.

El respeto de estos límites a la facultad legislativa nacional en materia procesal fue introducida, en relación con la posibilidad de revisión, en la Sentencia *Kapferer* (aptdo. 22), y desde entonces lo ha venido reiterando el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia acerca del reexamen interno de resoluciones firmes, pudiendo matizarse el principio de seguridad jurídica en el sentido de que la cosa juzgada i) no debe proteger los errores sobre Derecho europeo en mayor medida que los de Derecho interno, ii) ni su salvaguarda puede llevar a infra-proteger el interés del ordenamiento de la Unión en asegurar que las normas europeas sean aplicadas de forma correcta por los tribunales nacionales<sup>443</sup>.

Por tanto, aunque el Derecho de la Unión no exige, para tener en cuenta la interpretación de un precepto aplicable de ese Derecho –en nuestro caso, el art. 6.1 Directiva 93/13– adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la resolución de un órgano jurisdiccional nacional con fuerza de cosa juzgada, que este deba, por regla general, reconsiderarla; si las normas procesales internas implican la posibilidad de revisión del órgano nacional con objeto de restablecer la conformidad de una situación con el Derecho interno, esta posibilidad debe prevalecer, de acuerdo con los principios de

---

<sup>443</sup> FERRERES COMELLA, V., «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 25, 2010, pp. 77-78.

equivalencia y efectividad, a fin de que se restablezca la conformidad de la situación de que se trate con la normativa de la Unión, en la medida en que la normativa interna lo autorice<sup>444</sup> pero siempre que la misma respete, a su vez, esos principios que limitan la facultad legislativa nacional en materia procesal<sup>445</sup>.

La cuestión es que el «control de comunitariedad» del tribunal nacional sobre las normas internas procede dentro del marco del asunto que le compete resolver<sup>446</sup>, ergo al tener el Tribunal Supremo la competencia para la revisión de sentencias firmes de Derecho común –con independencia de la que corresponde, según art. 509 LEC, a los Tribunales Superiores de Justicia respecto a la sentencia dictada en materia foral–, solo el Alto Tribunal podría controlar, y en su caso inaplicar, el art. 510 LEC en cuanto a si el tasado elenco de esta norma respeta los principios de equivalencia y efectividad del Derecho europeo –al igual que en su día se hizo por los tribunales inferiores, al conocer de ejecuciones hipotecarias contra consumidores, sobre el art. 695 LEC–, y vistos los antecedentes no parece estar dispuesto a ello.

### *Responsabilidad patrimonial del Estado Juez*

Dado que dependemos en ese último punto del criterio del Tribunal Supremo, y sin contar en España con una jurisprudencia como la desarrollada en Italia sobre la «*giudicato a formazione progressiva*» que permite completar el fallo original mediante resoluciones de ejecución<sup>447</sup>, ¿acaso quedaría impune la incorrecta aplicación del Derecho europeo, vulneradora de derechos que este confiere a los particulares, por un órgano judicial de última instancia cuya resolución no pueda ser rectificada?

<sup>444</sup> Sentencia *Impresa Pizzarotti*, aptdos. 60, 62 y 64.

<sup>445</sup> V.gr., en la Sentencia *Târşia* el TJ, tras recordar (apdo. 30) lo dicho en la Sentencia *Impresa Pizzarotti*, pasó a analizar si la normativa procesal rumana, que no contemplaba la revisión de una resolución judicial firme dictada en proceso civil cuando esta resultara incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el TJ después de que esa resolución deviniera firme mientras que tal posibilidad sí se preveía respecto de resoluciones judiciales firmes incompatibles con tal Derecho dictadas en procesos administrativos, respetaba o no dicha normativa los principios de equivalencia (aptdos. 32-35) y efectividad (aptdos. 36-41).

<sup>446</sup> Al respecto *vid.* UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «El control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales y el límite de la identidad constitucional», en *REDE*, n.º 59, 2016, digital, BIB 2016/4128.

<sup>447</sup> Sobre la «*cosa juzgada en formación progresiva*», desarrollada vía interpretación de las disposiciones del *Codice del processo amministrativo*, Decreto legislativo n.º 104, de 2.7.2010 (GURI n.º 156, de 7.7.2010), *vid.* TEVERE, V., «Giudicato a formazione progressiva e violazione del diritto UE: il Consiglio di Stato rimette all'Adunanza Plenaria la questione», en *Amministrativ@mente. Rivista di diritto amministrativo*, n.º 1-2/2016 ([www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)).

La respuesta nos la proporciona el Tribunal de Justicia: «*es preciso subrayar que un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia constituye por definición el último órgano ante el cual los particulares pueden alegar los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. Dado que una violación de estos derechos por una resolución que ha adquirido firmeza de un órgano jurisdiccional de ese tipo normalmente ya no puede ser rectificadora, no se puede privar a los particulares de la posibilidad de exigir la responsabilidad del Estado con el fin de obtener por dicha vía una protección jurídica de sus derechos*», porque esta protección «*quedaría debilitada –y se mermaría la plena eficacia de las normas comunitarias que confieren estos derechos– si los particulares no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, por los perjuicios que les ha causado una violación del Derecho comunitario imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelve en última instancia*». Esta doctrina, sobre el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado cuando la infracción del Derecho europeo generadora del daño fuera imputable a tribunales nacionales de última instancia, fue iniciada por STJ 30.9.2003, *Köbler*, C-224/01 (en adelante, Sentencia *Köbler*), y reiterada por jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>448</sup>.

En puridad ya se había sentado antes que el principio, formulado por la STJ 19.11.1991, *Francovich y otros*, C-6/90 y C-9/90 (en adelante, Sentencia *Francovich y otros*), de responsabilidad estatal por daños causados a particulares por infracciones del Derecho europeo imputables al Estado, era válido – como dijera inicialmente la STJ 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93 (en adelante, Sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*)– «*para cualquier supuesto de violación del Derecho comunitario por parte de un Estado miembro, independientemente de cuál sea el órgano del Estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento*»<sup>449</sup>; pero fue la Sentencia *Köbler* la que reconoció expresamente esa responsabilidad por daños imputables a la actividad jurisdiccional nacional, en concreto a la propia de tribunales supremos, y es que, ante la imposibilidad de recurrir sus resolu-

<sup>448</sup> Sentencia *Köbler*, aptdos. 33-36; STJ 13.6.2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03 (en adelante, Sentencia *Traghetti del Mediterraneo*), aptdo. 31; Sentencia *Târșia*, aptdo. 40; STJ 9.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito y otros*, C-160/14 (en adelante, Sentencia *Ferreira da Silva e Brito y otros*), aptdo. 47; Sentencia *Tomášová*, aptdo. 20.

<sup>449</sup> Sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, aptdo. 32, reiterado, antes de la Sentencia *Köbler* (aptdo. 31), por STJ 26.3.1996, *British Telecommunications*, C-392/93 (en adelante, Sentencia *British Telecommunications*), aptdo. 38; STJ 1.6.1999, *Konle*, C-302/97, aptdo. 62; STJ 4.7.2000, *Haim*, C-424/97 (en adelante, Sentencia *Haim*), aptdo. 27; STJ 28.6.2001, *Larsy*, C-118/00 (en adelante, Sentencia *Larsy*), aptdo. 35.

ciones, «la acción de responsabilidad es la única que permite –en último término– restablecer el derecho del lesionado y, en definitiva, garantizar adecuadamente la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario concede a los particulares»<sup>450</sup>; extensión explícita<sup>451</sup> del principio de responsabilidad del Estado a los actos judiciales que, en general, fue bien recibida por la doctrina científica<sup>452</sup>.

Se advirtió por el Tribunal de Justicia que el principio de fuerza de cosa juzgada no se opone al reconocimiento del principio de la responsabilidad estatal derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia, porque tal reconocimiento no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza de cosa juzgada de esa resolución<sup>453</sup> –coincide nuestro TS respecto a la declaración de error judicial que internamente posibilita la petición indemnizatoria<sup>454</sup>–. También que la responsabilidad del Estado basada en

---

<sup>450</sup> LÉGER, P., *Conclusiones en el Asunto C-224/01, Gerhard Köbler contra Republik Österreich*, presentadas el 8.4.2003 (ECLI: EU: C:2003:207), pto. 38, indicando a este respecto en n. 31 que «la responsabilidad del Estado por la actuación de sus tribunales supremos suscita problemas que difieren considerablemente de los que plantea la responsabilidad del Estado como consecuencia de la actividad de sus tribunales inferiores o del conjunto de sus órganos jurisdiccionales».

<sup>451</sup> El propio Abogado General LÉGER, *op. cit.*, 2003, pto. 51, explicó que de la previa Sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame* ya se desprendía que «el Tribunal de Justicia no se limitó a reconocer expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario el principio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la actuación del legislador. En realidad, extendió también dicho principio –implícita pero necesariamente– a la actividad jurisdiccional o, en todo caso, a la propia de los tribunales supremos. Por consiguiente, el presente procedimiento da al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar expresamente lo que ya ha entendido implícitamente»; y señaló, en pto. 52, que aun en caso de que no se tuviera en cuenta tal interpretación de esa sentencia, «considero que el Tribunal de Justicia no puede más que pronunciarse en favor de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la actuación de un tribunal supremo. En efecto, admitir dicha responsabilidad, aparte de responder a la perfección a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que acaba de exponerse detalladamente, constituye el corolario de la misión –primordial– que se confiere a los tribunales supremos en la tutela directa, inmediata y efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares. La situación que prevalece en los Estados miembros, especialmente en lo que atañe a las exigencias de la tutela de los derechos fundamentales, aboga igualmente en este sentido».

<sup>452</sup> Como recuerda MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «TJCE – Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana, C-173/03 – Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a los órganos judiciales de última instancia», en *RDCE*, n.º 25, 2006, p. 1019, con cita en n. 6 de las posiciones doctrinales, no carentes de ciertas críticas (como las expuestas por el mismo autor en «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», *RDCE*, n.º 19, 2004, pp. 847-866), sobre la construcción jurisprudencial comunitaria de esta responsabilidad estatal. Al respecto, en fecha más reciente, COBREROS, *op. cit.*, 2015, pp. 39-61.

<sup>453</sup> Sentencia *Köbler*, aptdos. 39 y 40; Sentencia *Ferreira da Silva e Brito y otros*, aptdo. 55.

<sup>454</sup> En efecto, en palabras de nuestro Alto Tribunal, «la pretensión de declaración de error judicial se contrae a la exclusiva finalidad de constituir presupuesto inexcusable para una ulterior acción resarcitoria, por responsabilidad patrimonial de Estado Juez, sin que, por tanto, la situación jurídica declarada o reconocida por la sentencia a la que se imputa dicho error judicial, se pueda ver alterada o modificada por una declaración que reconozca la existencia de aquél» (STS, 3.ª, 5.11.2009, FJ 3.º y jurisprudencia citada); en términos similares, la STS, Sala especial del art. 61 LOPJ, de 11.10.2011, FJ 2.º y jurisprudencia citada.

el Derecho europeo no tiene un fin disuasorio ni sancionador, sino la reparación de los daños sufridos por los particulares como resultado de la infracción de tal Derecho por parte de los Estados miembros<sup>455</sup>.

Partiendo de la afirmación de que es inherente al ordenamiento jurídico de la Unión el principio de la responsabilidad del Estado por aquellos daños que le son imputables, el Tribunal de Justicia declaró que los perjudicados tienen derecho a indemnización, en virtud de esa responsabilidad, cuando se cumplen tres requisitos, a saber, que la norma europea infringida tenga por objeto conferirles derechos, que la infracción de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal infracción y el perjuicio sufrido por los particulares<sup>456</sup>; siendo los mismos requisitos aplicables a la responsabilidad extracontractual de un Estado miembro por los daños causados por la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia cuando dicha resolución sea contraria a una norma del Derecho de la Unión<sup>457</sup>.

Como razonaremos a continuación, entendemos que esos requisitos concurren en el caso que nos ocupa. De ser así es importante retener que, según el Tribunal de Justicia, desde el momento en que, con arreglo al Derecho de la Unión, se reúnen los requisitos del derecho a indemnización, incumbe al Estado miembro reparar, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, las consecuencias del perjuicio causado, sin que las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales en esa materia puedan articularse de modo que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización<sup>458</sup>.

Y es que, si bien no cabe excluir que el Derecho nacional precise los criterios relativos a la naturaleza o grado de una infracción que deben reunirse para que pueda exigirse la responsabilidad del Estado por una violación del Derecho de la Unión imputable a un órgano jurisdiccional nacional que resuel-

---

<sup>455</sup> STJ 17.4.2007, *AGM-COS. MET*, C-470/03 (en adelante, Sentencia *AGM-COS. MET*), aptdo. 88.

<sup>456</sup> Sentencia *Francovich y otros*, aptdos. 35, 39 y 40; Sentencia *Brasserie du pêcheur y Factortame*, aptdos. 31 y 51; Sentencia *British Telecommunications*, aptdos. 38 y 39; STJ 23.5.1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, aptdos. 24 y 25; STJ 8.10.1996, *Dillenkofer y otros*, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, aptdos. 20 y 21; STJ 2.4.1998, *Norbrook Laboratories*, C-127/95, aptdos. 106 y 107; Sentencia *Haim*, aptdos. 26 y 36; Sentencia *Larsy*, aptdos. 34 y 36; Sentencia *Köbler*, aptdos. 30 y 51; STJ 24.3.2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, aptdos. 19 y 20; Sentencia *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aptdos. 29 y 30; STJ 25.11.2010, *Fuß*, C-429/09, aptdos. 45 y 47; STJ 19.6.2014, *Specht y otros*, C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12, aptdos. 98 y 99; STJ 10.7.2014, *Ogieriakhi*, C-244/13, aptdos. 49 y 50; Sentencia *Tomášová*, aptdos. 19 y 22; STJ 25.11.2016, *Ullens de Schooten*, C-268/15 (en adelante, Sentencia *Ullens de Schooten*), aptdo. 41.

<sup>457</sup> Sentencia *Köbler*, aptdo. 52; Sentencia *Tomášová*, aptdo. 23; Sentencia *Ullens de Schooten*, aptdo. 42.

<sup>458</sup> Sentencia *AGM-COS. MET*, aptdo. 89 y jurisprudencia citada.

ve en última instancia, *tales criterios no pueden, en ningún caso, imponer exigencias más estrictas que las derivadas del requisito de una infracción manifiesta del Derecho aplicable*; por tanto, se generará un derecho a obtener reparación, si se cumple dicho requisito, cuando se haya acreditado que la norma jurídica violada tiene por objeto conferir derechos a los particulares y que existe una relación de causalidad entre la violación manifiesta alegada y el daño sufrido por el interesado, pues *estos tres requisitos son necesarios y suficientes para generar, a favor de los particulares, un derecho a obtener reparación*; así, el Derecho europeo impone una indemnización efectiva y no admite ningún requisito adicional procedente del Derecho del Estado miembro que haga excesivamente difícil su obtención <sup>459</sup>.

Estas advertencias del Tribunal de Justicia son relevantes no tanto al efecto de valorar la inadecuación de las condiciones formales a cumplir en nuestro ordenamiento para que el Estado Juez responsable indemnice –porque con independencia de que pudieran cuestionarse por dificultar sobremanera la obtención de esa indemnización y por ende la efectividad del Derecho de la UE <sup>460</sup>, tal cuestionamiento quedaría al albur del órgano concedor del asunto, el TS <sup>461</sup>–, sino de las condiciones de fondo, que pasan por el reconocimiento judicial de que existió un «error judicial», acomodado este a parámetros, puramente jurisprudenciales <sup>462</sup> al carecer de definición normativa, en los que

---

<sup>459</sup> Sentencia *Traghetti del Mediterráneo*, aptdos. 44, 45 y jurisprudencia citada; Sentencia *AGM-COS. MET*, aptdos. 90, 92 y jurisprudencia citada.

<sup>460</sup> El art. 293.1 LOPJ exige, como paso previo a la petición indemnizatoria (ante el Ministerio de Justicia, 293.2 LOPJ) por error judicial, «una decisión judicial que expresamente lo reconozca», que cabe instar por dos vías alternativas: acción de revisión *ex arts. 509-516 LEC*, o acción específica *ex 293 LOPJ* en tres meses desde que pudiera ejercitarse y bajo el procedimiento previsto para aquella otra acción, invariable a la vista de la STS 81/2016, de 18.2.2016. Se ha advertido la posible inadecuación de ese breve plazo de la acción específica (*vid. COBREROS MENDAZONA, E.*, «El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento judicial del derecho comunitario: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009», en *www.elderecho.com*, 3.11.2010, pdf, p. 11; y el estudio hecho por CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», en *REDE*, n.º 37, 2011, BIB 2011\162, pp. 7-9), pero sobre todo la compleja tramitación global (proceso judicial declarativo, luego proceso administrativo y eventual ulterior judicial, contencioso-administrativo), que exige requisitos adicionales a los fijados por el TJ (CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2017a, p. 23 y doctrina citada), pudiendo no respetar –además de la posible infracción de los arts. 6, 13 y 47 CEDH– el principio europeo de efectividad (VERDÚN PÉREZ, F., «La sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 19, 2016, pp. 100-101).

<sup>461</sup> Ya sea por vía de revisión –remitimos a las consideraciones que al respecto hicimos *supra*–, ya por la específica *ex art. 293.1 LOPJ*, según su letra *b*).

<sup>462</sup> Resume la STS, Sala especial del art. 61 LOPJ, 11.10.2011 (FJ 2.º), recordando su sentencia de 1.2.2010, la doctrina sobre los requisitos que han de concurrir para poder hablar de error judicial subsumible en los arts. 292 y ss. LOPJ: «*las líneas generales de la Sala sobre el error judicial parten de la idea fundamental de que la vía que establecen los artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es un nuevo cauce para examinar críticamente las conclusiones de una resolución judicial firme de la*

no parece encajar el *desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia europea*<sup>463</sup> que es, precisamente, lo que –entendemos– aconteció en el caso que nos ocupa y caracterizó suficientemente la contravención del art. 6.1 Directiva 93/13 cometida por la doctrina del Tribunal Supremo; caracterización suficiente de la infracción que, junto a los otros dos requisitos fijados por el Tribunal de Justicia, ha de prevalecer frente a la más restrictiva noción jurisprudencial de error judicial aplicada por nuestro Alto Tribunal<sup>464</sup>, en sede indemnizatoria por responsabilidad del Estado Juez infractor de Derecho europeo.

Atendiendo pues a los requisitos jurisprudenciales europeos, es indudable, a la vista de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, la infracción de una norma, art. 6 Directiva 93/13, que confiere derechos, a los consumidores de quedar plenamente indemnes del clausulado abusivo usado por los profesiona-

---

*que se discrepa, sino que es únicamente un medio para hacer posible la reparación de un daño que ha sido provocado por una decisión judicial que de forma manifiesta e incuestionable ha incurrido en un enjuiciamiento equivocado. De ahí que la doctrina de esta y de otras Salas del Tribunal Supremo exija que el error sea «palmario, patente, manifiesto, indudable» (sentencia de 16 mayo 1989 de la Sala Segunda) y tan inequívoco que no pueda hacerse cuestión de su existencia, no pudiendo utilizarse este procedimiento para combatir «interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas» (sentencia de 13 abril 1988 de la Sala Primera). Y la sentencia de esta misma Sala Especial de 30 de junio de 2005 (rec. 4/2005), sintetizando la jurisprudencia sobre el error judicial [sentencias de 13 de abril de 1998 (autos 14/1995), 30 de junio de 1999 (20/1997), 5 de junio de 2000 (15/1998) 12 de mayo de 2001 (15/2000), 21 y 25 de noviembre de 2002 (5/2001 y 1/2002), 6 de noviembre de 2003 (13/2001), 21 de enero de 2004 (9/2002) y 2 de junio de 2004 (9/2003)], acoge los siguientes criterios interpretativos:*

a) *La demanda de error judicial en ningún caso puede constituir una nueva instancia o recurso para que la parte pueda insistir ante otro Tribunal en las pretensiones y argumentos que ya le fueron rechazados anteriormente, ni un claudicante recurso de casación contra resoluciones que no tienen legalmente reconocida tal vía de impugnación.*

b) *Solo un error indisculpable y exento de toda lógica puede dar lugar al error cualificado previsto en el art. 292 LOPJ; y éste solo existe cuando se produce un desajuste objetivo e indudable entre la realidad fáctica o jurídica y la resolución judicial que lleva a ésta a conclusiones ilógicas, irracionales o que contradicen lo evidente, bien sea por partir en sus consideraciones jurídicas de unos hechos radicalmente distintos de los que constituyen el soporte de la propia resolución, bien por haber aplicado un precepto legal absolutamente inadecuado, o haber interpretado el aplicable en forma que no responda, de modo evidente, a ningún criterio válido y admisible en Derecho.*

c) *Quedan pues fuera del ámbito propio del error judicial la meras discrepancias con las resoluciones en que el órgano judicial mantiene un criterio racional y explicable dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, llegando a interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico, por mucho que esté en oposición con la postura del demandante.*

d) *Por último, si no cabe, normalmente, combatir en nombre del error judicial la interpretación que de las normas realicen los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad que, con carácter exclusivo, les reconoce el artículo 117.3 de la Constitución, cuanto más inviable será dicha pretensión cuando la exégesis que se pretende equivocada haya emanado del Tribunal Supremo cuya jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1.6 del Código Civil, se convierte en fuente complementaria del ordenamiento jurídico».*

<sup>463</sup> En este sentido, COBREROS, *op. cit.*, 2010, p. 12; CÓRDOBA CASTROVERDE, *op. cit.*, 2011, pp. 13-14, señalando, con cita de lo afirmado por la STS, Sala especial del art. 61 LOPJ, 1.2.2010, FJ 2.º, pto. 2, criterio interpretativo d) –*vid.* en nota previa–, que esta postura entraría en abierta contradicción con la jurisprudencia del TJ.

<sup>464</sup> En este sentido, COBREROS, *op. cit.*, 2010, p. 13; VERDÚN, *op. cit.*, p. 101; SOLER SOLÉ, *op. cit.*, p. 11.

les con quienes contrataron, norma que en relación con el art. 7.1 Directiva 93/13 busca desincentivar tal uso; así como la directa relación de causalidad entre tal infracción, cometida por órgano jurisdiccional de última instancia – nuestro TS–, y el perjuicio sufrido por los particulares, en este caso los consumidores a quienes la doctrina jurisprudencial nacional vedó, de forma total por STS 9.5.2013 o parcial por STS 25.3.2015, la íntegra restitución restablecedora de la situación previa a la aplicación de ese clausulado.

Restando por analizar la posible concurrencia de la suficiente caracterización de la infracción, el Tribunal de Justicia tiene dicho sobre este requisito, a fin de declarar la responsabilidad del Estado debida a resolución de un órgano jurisdiccional nacional de última instancia, que tal responsabilidad solamente puede exigirse cuando mediante esa resolución tal órgano haya infringido de manera manifiesta el Derecho aplicable, debiéndose tener en cuenta al respecto, entre otros elementos caracterizadores, el incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial *ex art.* 267. III TFUE; o, en todo caso, cuando la violación del Derecho de la Unión se produjera con una inobservancia manifiesta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia<sup>465</sup>.

Aunque no han faltado voces que niegan la confluencia de este tercer requisito en el caso que nos ocupa, al entender, siguiendo la cautela vista en la Sentencia *Tomášová*<sup>466</sup>, que no fue hasta la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, posterior a lo decidido por el Tribunal Supremo, cuando el Tribunal de Justicia indicara claramente el alcance efectivo de la «no vinculación» del clausulado abusivo *ex art.* 6.1 Directiva 93/13<sup>467</sup>; opinamos que el foco de atención debiera ponerse en dos consideraciones:

PRIMERA.–Ya había en el año 2013 una inequívoca jurisprudencia europea sobre la imperatividad de controlar *ex officio* la abusividad –iniciada en 2009 con la Sentencia *Pannon GSM*<sup>468</sup>–, y de excluir pura y simplemente el

<sup>465</sup> Sentencia *Köbler*, aptdos. 53-56 y jurisprudencia citada; Sentencia *Tomášová*, aptdos. 25, 26 y jurisprudencia citada.

<sup>466</sup> Que no consideró que la abstención judicial de controlar de oficio la abusividad antes de la Sentencia *Pannon GSM* supusiera una inobservancia manifiesta de la jurisprudencia del TJ que ya existía en la materia, bajo el entendimiento de que solo con esa sentencia se indicó claramente el carácter imperativo de dicho control de oficio (Sentencia *Tomášová*, aptdos. 30 y 36, segundo inciso).

<sup>467</sup> Por todos, CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 2017a, p. 22, considerando novedosa la interpretación que de ese sintagma hizo la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*; en contra, SOLER SOLÉ, *op. cit.*, p. 13, señalando que esta sentencia no abordó *ex novo* «la cuestión de los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula, sino que recoge y continúa una larga y densa línea jurisprudencial iniciada desde el año 2000, confirmando anteriores pronunciamientos, si bien en este caso específicamente respecto de los efectos que deba tener la abusividad de la cláusula suelo».

<sup>468</sup> Como analizamos en epígrafe 3.1.1., la configuración del control de oficio como un *deber* judicial se articuló por primera vez en 2006 con la Sentencia *Mostaza Claro*. Si bien es cierto que en 2009 la

clausulado abusivo –originada en 2012 con la Sentencia *Banco Español de Crédito*–, jurisprudencia nacida de la interpretación de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, cuyo fundamento es evitar que las cláusulas abusivas jamás vinculen en ningún sentido al consumidor y disuadir así de su uso. Por tanto, nuestro Alto Tribunal, antes de resolver como lo hizo en STS 9.5.2013, debió suspender y remitir cuestión prejudicial, conforme al art. 267. III TFUE, sobre la posibilidad de excepcionar ese pleno efecto desvinculador –a cuyo logro se sustentó la aparición y reiteración de esa jurisprudencia europea–, tratándose como era de una cuestión interpretativa de Derecho de la Unión y no haber opción de ulterior recurso; mayor razón hubo para ello con carácter previo a dictar la STS 25.3.2015, si recordamos el gran número de conclusiones divergentes que, desde mayo de 2013, habían extraído los órganos judiciales inferiores acerca de la postura del Tribunal Supremo, situación que de hecho este necesitó atajar con la doctrina sentada en marzo de 2015.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, consolidada tras la STJ 6.10.1982, *Cilfit y otros*, 283/81 (en adelante, Sentencia *Cilfit y otros*), acerca del alcance de la obligación remisoria *ex art. 267. III TFUE*, para que un órgano judicial supremo quede exento de cumplirla ha de considerar que la solución que iría a dar –en este caso excluir la plena eficacia *ex tunc* de la nulidad que eliminase todo vestigio vinculatorio de la cláusula abusiva– no dejaba lugar a duda razonable alguna sobre la correcta aplicación del Derecho europeo<sup>469</sup>, y aquí era palmario el *riesgo* de sentar una jurisprudencia nacional que no se ajustare a tal Derecho –téngase presente que el fin de la obligación *ex art. 267. III TFUE* es justamente impedir esa consolida-

---

Sentencia *Pannon GSM* acentuó el carácter imperativo de tal deber y que en ella ha situado el propio TJ (Sentencia *Tomášová*, aptdo. 30) la primera ocasión en que indicó claramente la obligatoriedad del control de oficio, no puede perderse de vista que el fundamento de la doctrina sobre este control ya estaba presente desde el año 2000, cuando la Sentencia *Océano Grupo Editorial* señaló (aptdo. 28) la *facultad* judicial de examinar de oficio el carácter abusivo como medio idóneo para alcanzar el resultado buscado por el art. 6 Directiva 93/13, esto es, impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva; fundamento que más tarde (2006 y 2009) se reiteró al elevar el control *ex officio* a medio no solo idóneo sino necesario para lograr que el clausulado abusivo no vincule en forma alguna al consumidor, subsanando así el desequilibrio contractual existente (Sentencia *Mostaza Claro*, aptdos. 27 y 38; Sentencia *Pannon GSM*, aptdos. 31 y 32)

<sup>469</sup> Sentencia *Cilfit y otros*, aptdo. 21. Citando esta doctrina, la Sentencia *Ferreira da Silva e Brito y otros*, aptdo. 38, señala que cuando se suscita ante un órgano jurisdiccional supremo una cuestión de Derecho de la Unión, debe cumplir su obligación de someterla al TJ, a menos que haya comprobado que tal cuestión no es pertinente, o que la disposición europea de que se trata fue ya objeto de interpretación por el TJ, o que la correcta aplicación del Derecho de la UE se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. La cuestión sería impertinente en los supuestos en que la respuesta a la misma, cualquiera que fuera, no podría tener incidencia alguna en la solución del litigio: Sentencia *Cilfit y otros*, aptdo. 10; Sentencia *Consiglio nazionale dei geologi y Autorità garante della concorrenza e del mercato*, aptdo. 26.

ción<sup>470</sup>—, en concreto a la Directiva 93/13, cuyo art. 6.1, según reiterada jurisprudencia europea previa a 2013, confiere al consumidor el derecho, a proteger de oficio incluso, de que las cláusulas abusivas no le vinculen y se le inapliquen sin más tras apreciarse tal carácter, atendiendo a que dicha norma, puesta en relación con el art. 7.1, busca desincentivar el uso de aquellas, objetivo perseguido por la Directiva tuitiva.

A mayor abundamiento, incluso suponiendo que el Tribunal Supremo, para entenderse exento de cumplir la obligación remisoria, no hubiese visto ese riesgo al decidir en mayo de 2013, ¿acaso las múltiples y ulteriores resoluciones contradictorias pronunciadas por las Audiencias Provinciales no le sembraron dudas sobre la posible inadecuación de su doctrina? En nuestra opinión, es difícilmente defendible que el Alto Tribunal tampoco estuviera obligado a cumplir esa obligación con carácter prejudicial a su STS 25.3.2015, inobservancia con la que entonces privaría: i) al Tribunal de Justicia del cometido fundamental, que le atribuye el art. 19.1. I TUE, de garantizar «*el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados*»<sup>471</sup>; ii) a los consumidores de obtener un restitución no limitada a mayo de 2013. Y es que, si bien la existencia por sí sola de corrientes judiciales contradictorias a escala nacional no basta originar la obligación de remisión establecida en el art. 267. III TFUE, constituye un elemento de contexto que corrobora la conclusión de que el Alto Tribunal debió haber adoptado una posición más prudente y remitir el asunto al Tribunal de Justicia con el fin de excluir el riesgo de una interpretación errónea del Derecho de la Unión<sup>472</sup>.

En resumen, con esta primera consideración ponemos el acento, no en que el Tribunal Supremo desconociera manifiestamente la jurisprudencia interpretativa de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 que ya existía de forma reite-

---

<sup>470</sup> STJ 15.9.2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03 (en adelante, Sentencia *Intermodal Transports BV*), aptdo. 29 y jurisprudencia citada, así como aptdo. 38, donde además recuerda que esa obligación remisoria se inserta en el marco de la colaboración, instituida con el fin de garantizar la correcta aplicación y la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros, entre el TJ y los órganos jurisdiccionales nacionales, en su calidad de jueces competentes para la aplicación de ese Derecho. El riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la UE es, junto a las características propias de su Derecho y las dificultades concretas que presente su interpretación, elemento a valorar por el órgano supremo nacional cuando se enfrente a la eventual exención de remisión al TJ (Sentencia *Intermodal Transports BV*, aptdo. 33; Sentencia *Ferreira da Silva e Brito y otros*, aptdo. 39).

<sup>471</sup> Consecuencia que recalcó el Abogado General Yves BOT (pto. 102 de sus *Conclusiones en el Asunto C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros contra Estado portugués*, 11.6.2015, ECLI: EU: C:2015:390) respecto a la inobservancia por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno de su obligación de remisión prejudicial.

<sup>472</sup> En este sentido, BOT, *op. cit.*, pto. 103, seguido por Sentencia *Ferreira da Silva e Brito y otros*, aptdos. 41 y 44, jurisprudencia que se hubiera inobservado por el TS de haber existido antes que la nacional en cuestión.

rada antes que la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*, sino en que si el Alto Tribunal hubiera tomado en consideración de forma rigurosa y completa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tanto esa como la relativa al art. 267. III TFUE, no habría podido tener certeza en cuanto a la aplicación –errónea– del Derecho de la Unión que efectuó, incumpliendo por tanto su obligación remisoria. Incumplimiento que, en abstracto, puede conducir al órgano jurisdiccional de que se trate a cometer un error, ya sea en la interpretación del Derecho europeo aplicable o en la deducción de consecuencias que cabe sacar para la interpretación conforme del Derecho interno o la apreciación de la compatibilidad de este con el Derecho de la Unión<sup>473</sup>; y en concreto, constituye uno de los criterios que se deben tomar en cuenta para determinar la existencia de una infracción suficientemente caracterizada del Derecho europeo, imputable a un órgano jurisdiccional supremo, a propósito de la responsabilidad del Estado Juez.

SEGUNDA.–Mucho antes de 2013 había ya jurisprudencia del Tribunal de Justicia (al menos desde 1980 con la Sentencia *Denkavit italiana*) sobre su competencia exclusiva para decidir la aplicación de la doctrina recordada –que no iniciada– por la Sentencia *RWE Vertrieb*, invocada por nuestro Alto Tribunal para tomar por sí mismo la decisión, cuando lo procedente era, como hemos dicho, plantear cuestión prejudicial, y ya en la tramitación europea del asunto cabría en su caso que se le pidiera al Tribunal de Justicia, como único competente para ello, que aplicara esa doctrina limitativa. Visto de forma más gráfica: lo que hizo el Tribunal Supremo español sería como si el alemán (BGH), en vez de remitir, tal fue así, cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, con cuya opinión interpretativa de la Directiva 93/13 resolviera aquel el recurso de casación interpuesto por RWE; hubiese acogido directamente el BGH las peticiones que la recurrente y el Gobierno alemán formularon en sus observaciones escritas al Tribunal de Justicia –peticiones que, dicho sea de paso, desestimó este– para que limitara en el tiempo los efectos de la sentencia (Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 56). En nuestro caso, fue el Ministerio Fiscal quien, a nivel interno, interesó la irretroactividad de la STS 9.5.2013 (aptdo. 277), ¿qué hubiera pasado si, como hizo el BGH –en observancia del art. 267. III TFUE– por depender la solución que se diera al litigio principal de la interpretación de normas de la Directiva 93/13, nuestro Alto Tribunal hubiese remitido cuestión prejudicial? Pues que el Gobierno español hubiera sido en Luxemburgo el trasunto del Ministerio Fiscal en nuestro país, quedando en tal

---

<sup>473</sup> LÉGER, P., *Conclusiones en el Asunto C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA contra Repubblica Italiana*, presentadas el 11.10.2005 (ECLI: EU: C:2005:602), pto. 66.

hipótesis expuesto a la opinión pública por pedir al Tribunal de Justicia la misma limitación temporal que, a buen seguro, hubieran interesado las entidades financieras afectadas.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo inobservó tanto i) la antes explicada inexcusable obligación remisoría *ex art. 267. III TFUE*, como manifiestamente ii) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre su competencia exclusiva para decidir –únicamente en sentencia interpretativa que se le solicite de la correspondiente norma europea, i.a., Sentencia *Blaizot y otros*, aptdo. 28; Sentencia *Legros y otros*, aptdo. 30; Sentencia *Comisión/Francia*, aptdo. 49; Sentencia *Sürül*, aptdo. 108– sobre las limitaciones en el tiempo que hayan de aplicarse a la interpretación que el mismo Tribunal de Justicia haya hecho de una norma del Derecho de la Unión, jurisprudencia que, presente con la Sentencia *Denkavit italiana* (aptdo. 18), se reiteraría explícitamente por la Sentencia *Barra y otros* (aptdo. 13) –y después, advirtiéndose el carácter excepcional de la aplicación, por el TJ, de esa posibilidad de limitación<sup>474</sup>– mucho antes de que esta última fuera citada por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros* para recordar su competencia exclusiva (aptdo. 70) y advertir (aptdo. 74) que los órganos jurisdiccionales nacionales «*deberán abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación de los efectos en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013, puesto que tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión*»; doble inobservancia que, entendemos, caracteriza suficientemente la infracción de la norma europea señalada por la propia Sentencia *Gutiérrez Naranjo y otros*.

#### 4.4.3 Intereses de demora y pacto de anatocismo

Es habitual que en el préstamo figure una cláusula tipo, predispuesta por la entidad financiera e impuesta al consumidor, que prevea que: i) las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado de la prestamista, un interés moratorio de un determinado tanto por ciento nominal anual; i) los intereses vencidos y no satisfechos se acumularán al capital para seguir produciendo los intereses pactados.

Se trata de previsiones para la falta de puntual cumplimiento por el prestatario de sus obligaciones pecuniarias, en que, reservándose la entidad la po-

---

<sup>474</sup> Vid. Sentencia *RWE Vertrieb*, aptdo. 59 y jurisprudencia citada.

sibilidad de dar por vencido el préstamo (sobre la estipulación de vencimiento anticipado trataremos *infra*, epígrafe 4.4.4), se fija un resarcimiento consistente en pagar un tipo de interés –moratorio– por las cuotas impagadas, así como los intereses –anatocísticos– generados por capitalizar intereses, que en abstracto pueden ser tanto remuneratorios como moratorios, no satisfechos.

Cuando el interés moratorio convencional y el pacto de anatocismo no han sido objeto de negociación individual, sino que forman parte de la contratación seriada de préstamos B2C, estarán sometidos a control de abusividad en orden a comprobar si existe proporcionalidad entre el retraso en el cumplimiento del consumidor y la indemnización asociada, para lo cual es preciso analizar las disposiciones legales que tratan la cuestión de indemnizar equitativamente al acreedor por dicho retraso sin establecer un interés desproporcionado. Así, expondremos la regulación legal y su comparativa con la prevista en los instrumentos de modernización, la limitación (al estipular la tasa de interés) y prohibición (de capitalizar intereses moratorios) sentadas legalmente en caso de préstamo para adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca sobre la misma, así como la cuestión relativa a la prohibición de integración y moderación de intereses abusivos; todo ello con base en las disposiciones de la normativa de protección del consumidor y criterios establecidos al respecto por la jurisprudencia nacional y europea.

## A) CLÁUSULA DE INTERÉS MORATORIO

### A.I) Regulación nacional y modernizadora europea sobre los intereses de demora

En nuestro ordenamiento son varias las disposiciones legales que regulan diversos supuestos de interés moratorio. Con carácter general, el art. 1108 CC fija como interés de demora, para el caso de que no exista pacto entre las partes, el interés legal del dinero. En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 LCCC establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal. El pfo. 3.º del art. 114 LH, añadido por Ley 1/2013, dispone que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (sobre este límite nos detendremos en subepígrafe A. II). El art. 20.4.º Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora a pagar por las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta

por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual. También para el caso de que el deudor sea un profesional, el art. 7 LLCM establece, en defecto de pacto, un interés de demora de ocho puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE –presumiendo *iuris tantum* el art. 9.1 *in fine* LLCM abusivo el interés pactado que sea un 70% inferior al legal de demora *ex art. 7*–. Por último, el art. 576 LEC, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, prevé como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Como ha dicho el Tribunal Supremo, cada una de esas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades, pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado<sup>475</sup>. Una motivación distinta es la que llevó a fijar una moderación de intereses moratorios por RDL 6/2012, de 9 de marzo<sup>476</sup>, cuyo art. 4.1 establece que en los préstamos con hipoteca inmobiliaria en que el deudor se encuentre en *umbral de exclusión* (definido en art. 3<sup>477</sup>), el interés moratorio aplicable desde que aquel acredite a la entidad financiera tal circunstancia, será como máximo el resultante de sumar a los intereses remuneratorios un 2%, según redacción dada por art. 8.4 Ley 1/2013, que rebajó el 2,5% inicialmente previsto.

En el caso de los préstamos con hipoteca sobre vivienda a adquirir, existe libertad para fijar contractualmente el interés de demora a un tipo distinto al legal del dinero (regla dispositiva *ex art. 1108 CC*, que en iguales términos prevé el art. 1207. III PMCC, mientras que para el préstamo dinerario mercantil señala el art. 573-8.2 *in fine* PCM que en defecto de pacto se satisfará el interés legal *si fuese superior al retributivo*), siempre que no resulte usurario –habida cuenta que el TS afirma que la Ley Azcárate es de aplicación tanto a intereses remuneratorios como moratorios<sup>478</sup>–, ni supere, para hipotecas constituidas sobre vivienda habitual tras entrar en vigor la Ley 1/2013, el límite previsto en art. 114. III LH (triple del interés legal del dinero), al que desde entonces se atiende como criterio de abusividad en préstamos hipotecarios, aunque como

<sup>475</sup> SSTS de 22.4.2015, FJ 4.º, pto. 5, y de 7.9.2015, FJ 5.º, pto. 7.

<sup>476</sup> De medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, BOE n.º 60, de 10.3.2012.

<sup>477</sup> Primero modificado por art. 8.2 Ley 1/2013 y más tarde, respecto al aptdo. 1.b), por art. 1.1 RDL 5/2017, de 17 de marzo (BOE n.º 66, de 18.3.2017).

<sup>478</sup> STS 2.12.2014, FJ 3.º, pto. 3. C), y pto. 4, donde se señala que la exclusión de los intereses de demora del ámbito de aplicación de la Ley de Usura contradice los criterios de unidad y sistematización que deben presidir la interpretación y aplicación de esta normativa.

luego veremos ese tope no debe ser una línea que separe *in totum* la consideración del carácter lícito (por debajo) del interés moratorio estipulado.

En el moderno Derecho contractual europeo, el art. 9:508(1) PECL establece, para todo tipo de relaciones, que «cuando se produzca un retraso en el pago de una cantidad de dinero, la parte perjudicada tiene derecho a los intereses devengados por esa suma desde el momento en que vencía la obligación hasta el momento efectivo del pago. Dichos intereses se calcularán conforme al tipo medio aplicado por los bancos comerciales para grandes préstamos en operaciones a corto plazo, para la moneda de pago convenida y en el lugar que deba procederse al pago». En su comentario oficial se señala<sup>479</sup>: i) el carácter dispositivo de esta regla<sup>480</sup>; ii) que ese interés no es una especie de indemnización por daños y perjuicios ordinaria, luego se debe con independencia de que el incumplimiento tenga o no justificación, y de que el acreedor haya adoptado o no medidas razonables para mitigar sus pérdidas. No obstante, el segundo apartado de tal precepto deja claro que el remedio de la parte perjudicada en caso de impago o de retraso de pago no se limita al interés<sup>481</sup>.

Por su parte, el art. 169 CEC establece en su aptdo. 1 que, salvo lo dispuesto en las reglas propias del ámbito mercantil y de la fianza, para las obligaciones pecuniarias en caso de incumplimiento o de cumplimiento inexacto o de retraso, el deudor debe reparar en todo caso (no puede exonerarse invocando un causa extraña e imprevisible) el perjuicio del acreedor sin que este haya de probar su existencia, reparación que, según los aptdos. 2 y 3, consiste en el pago de intereses (incrementados, si procede –para reparar el perjuicio derivado de la depreciación de la moneda–, por una suma a título de revalorización), calculados, *salvo pacto en contrario*, al tipo del BCE.

Distingue el DCFR, sobre los intereses moratorios, entre las deudas dinerarias en general, para las que el art. III.-3:708 reproduce lo dispuesto en art. 9:508 PECL, incluso a nivel de comentario oficial<sup>482</sup>, y las derivadas de

---

<sup>479</sup> *Principios, Partes I y II*, «Art. 9:508 – Comentario», p. 666.

<sup>480</sup> Las partes son libres para excluirla o modificarla, por ejemplo, fijando en su contrato el tipo de interés en caso de impago y/o la moneda de pago.

<sup>481</sup> Dice el art. 9:508(2) que «la parte perjudicada podrá resarcirse además de los daños debidos a cualquier otra pérdida, en tanto puedan indemnizarse con arreglo a esta sección», lo que supone la extensión a los daños adicionales susceptibles de reintegro dentro de los límites de las disposiciones generales sobre daños y perjuicios (*ex arts. 9:503 y 9:505 PECL*), v.g., la pérdida del beneficio de un negocio que hubiera podido llevar a cabo el acreedor con un tercero en caso de que el dinero se hubiera pagado cuando correspondía; *vid.*, con más ejemplos, *Principios, Partes I y II*, «Art. 9:508 – Comentario», p. 667.

<sup>482</sup> Con la diferencia de que el DCFR trae al texto del precepto, en su aptdo. 1, la advertencia de que «sea o no el incumplimiento excusable» (que se recoge en los PECL vía comentario oficial), al tiempo que usa el término «acreedor» (*creditor*) en vez de «parte perjudicada» (*aggrieved party* en PECL) tanto en apto. 1 como en el 2, referente este último, al igual que en art. 9:508(2) PECL, al resarcimiento del mayor daño ocasionado por el retraso en el pago.

operaciones comerciales, para las que el art. III.-3:710 DCFR, solo aplicable en caso de retraso injustificado del empresario en el pago del precio de los bienes o servicios suministrados, fija un tipo de interés de demora superior<sup>483</sup> y un devengo cuyo *dies a quo* varía en función de la concreción o no de la fecha de pago, y de la necesidad o no de conformidad con los bienes o servicios<sup>484</sup>, considerando el art. III.-3:711 DCFR<sup>485</sup> abusiva la cláusula que, desviándose manifiestamente de las buenas prácticas comerciales y contra la buena fe y la honradez en los tratos (elementos configuradores de la abusividad en relaciones B2B, *ex art. II.-9:405*, reproducidos a efectos del art. III.-3:711 en su aptdo. 3), varíe esa tasa reforzada de interés o el régimen especial para su cómputo.

Siguen ACQP, FS y CESL al DCFR en cuanto a la regulación diferenciada para intereses por retraso en el pago de deudas comerciales (arts. 8:406 ACQP, 173 FS, 169 *FS rev.*, y 168 CESL), incluida su previsión de abusividad (arts. 8:407 ACQP<sup>486</sup>, 175 FS, 171 *FS rev.*, y 170 CESL), y de deudas pecuniaras en general (arts. 8:404 ACQP –*grey rule*<sup>487</sup>–, 171 FS, 167 *FS rev.*, y 166 CESL), si bien en cuanto a estas últimas tanto FS como CESL incluyen una norma específica para el caso de que el deudor sea consumidor (arts. 172

<sup>483</sup> A diferencia del tipo *ex art. III.-3:708(1)*, *idem* previsto en 9:508(1) PECL (visto *supra*), el art. III.-3:710(4) DCFR contempla el mismo tipo que establecía nuestro art. 7 LCCM en su redacción original –antes de la redacción dada por art. 33.3 Ley 11/2013, de 26 de julio (BOE n.º 179, de 27.7.2013)–, esto es, *siete* puntos porcentuales (frente a los ocho actuales) por encima del tipo de interés aplicado por el BCE a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural; lo cual es lógico porque el art. III.-3:710 DCFR está construido (como dice MEDINA ALCOZ, M., «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», en *InDret*, 4/2011, p. 47) sobre las disposiciones de la Directiva 2000/35/CE (DO n.º 200, de 8.8.2000, sustituida por la vigente Directiva 2011/7/UE, DO n.º 48, de 23.2.2011), que en España fue transpuesta mediante la LCCM.

<sup>484</sup> Dispone el art. III.-3:710, en su aptdo. (2), que el tipo de interés comienza a aplicarse al día siguiente al término en que debía de hacerse el pago o al siguiente en que concluya el periodo previsto para el pago, pero si no hubiera término o periodo, comenzará a aplicarse: (a) pasados 30 días desde que el deudor recibe la factura o cualquier solicitud de pago equivalente, o (b) pasados 30 días desde la fecha de la recepción de los bienes o servicios, si la fecha fijada en (a) es anterior a la recepción de los bienes o incierta, o si no hay certeza de que el deudor haya recibido la factura o cualquier solicitud de pago equivalente; y el aptdo. (3) prevé que si la conformidad con los bienes o servicios del contrato ha de determinarse por medio de la aceptación o verificación, el período de 30 días fijado en (2)(b) comienza a correr desde la fecha de dicha aceptación o verificación.

<sup>485</sup> Titulado *Unfair terms relating to interest*, que es una norma para los intereses por deudas pecuniaras en operaciones comerciales, a las que se refiere al remitir al art. III.-3:710. Recordemos que el DCFR regula la abusividad en todo tipo de relaciones (B2C, B2B y C2C), pero aquí tan solo contempla de modo específico las empresariales, luego para el resto habría que acudir a las normas generales sobre abusividad.

<sup>486</sup> La diferencia entre este precepto y el art. III.-3:711 DCFR radica en el aptdo. 3 de ambos, pues mientras el correspondiente al DCFR recoge los elementos configuradores de abusividad *ex art. II.-9:405*, el art. 8:407(3) ACQP hace lo propio respecto al art. 6:301(2), que como ya vimos en su momento solo exige para relaciones B2B una *desviación manifiesta de las buenas prácticas comerciales*.

<sup>487</sup> En ACQP las *grey rules* reproducen literalmente reglas del DCFR (SCHULTE-NÖLKE/BUSCH, *op. cit.*, 2009, p. 51), así el art. 8:404 ACQP es idéntico al art. III.-3:708 DCFR.

FS, 168 *FS rev.*, y 167 CESL), la cual establece con *carácter indisponible*<sup>488</sup> que en tal caso los intereses moratorios: i) se deberán solo cuando el retraso sea inexcusable; ii) no empezarán a correr hasta treinta días después de que el acreedor haya avisado al deudor que debe pagarlos y su tasa; iii) *serían abusivos si se estipulara un «dies a quo» anterior o un tipo superior al previsto con carácter general para la demora en el pago* –que en art. 171 FS es el tipo medio aplicado por bancos comerciales para préstamos a corto plazo, y en arts. 167 *FS rev.* y 166 CESL dos puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE–; iv) no pueden ser añadidos al capital en orden a producir nuevos intereses<sup>489</sup>. Sobre esta última previsión, que impide el anatocismo en el sistema de FS y CESL cuando el deudor es consumidor, volveremos más adelante (subepígrafe 4.4.3. B. II) cuando tratemos la concreta regulación de esta figura en los instrumentos modernizadores europeos.

#### A.II) Límite legal en préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual y cuestiones prejudiciales europeas acerca del recálculo de intereses

Como ya se ha comentado, la Ley 1/2013 (art. 3.2) trajo consigo la adición de un párrafo tercero al art. 114 LH –que contiene una regla acerca del anatocismo sobre la que luego hablaremos– y con él la prohibición de que, en *préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma*, el interés moratorio sea superior al triple del interés legal del dinero<sup>490</sup>.

Con dicha norma se limitan los intereses de demora que pueden exigir –y en su caso predisponer– los prestamistas, entidades de crédito o no (recordemos que, de no serlo, regiría la Ley 2/09), cuando se trate de préstamos para financiar la adquisición de la que vaya a ser vivienda *habitual* con hipoteca sobre esta, carácter que, según el aptdo. 3 del art. 21 LH también añadido por Ley 1/2013 (art. 3.1), debe constar en la escritura de constitución de la hipoteca. Sobre la exigencia, aplicable a todos los préstamos hipotecarios sobre vivienda, de que conste el carácter (habitual o no) que pretende dársele, la DGRN ha dicho que *«se extiende por tanto a cualquier hipoteca en garantía de prés-*

---

<sup>488</sup> Ya que las partes no pueden, en detrimento del consumidor, excluir su aplicación o modificar sus efectos, según rezan de forma idéntica los aptdos. 5 de los arts. 172 FS, 168 *FS rev.*, y 167 CESL.

<sup>489</sup> Las cuatro previsiones apuntadas, aplicables cuando el deudor es consumidor, están recogidas, respectivamente, en los aptdos. 1-4 de los arts. 172 FS, 168 *FS rev.*, y 167 CESL.

<sup>490</sup> Para un comentario del precepto, tras la Ley 1/2013, *vid.*, por todos, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 114», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, 2016, pp. 1073-1102.

*tamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre su carácter o no de vivienda habitual. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda»<sup>491</sup>.*

Cabe pensar que la intención del legislador es mantener dicho límite mientras la vivienda hipotecada realmente cumpla el destino de residencia habitual, circunstancia que el art. 21.3 LH *in fine* obliga a presumir *iuris tantum* en el momento de la ejecución hipotecaria, si así se hizo constar en la escritura de constitución. Se trataría, por tanto, de un requisito de aplicación del límite legal que debe quedar determinado al constituirse la hipoteca, pero que controlará el órgano judicial en la ejecución si el ejecutante pretende destruir esa presunción, para lo cual habrá de probar que ya no es vivienda habitual del ejecutado y en su caso desde cuándo.

Acerca del límite introducido, la DT 2.<sup>a</sup> Ley 1/2013 estableció que el mismo sería aplicable, además de a los préstamos hipotecarios posteriores a la fecha de entrada en vigor de dicha ley (15.5.2013), a los constituidos antes cuyos intereses se devengarán con posterioridad o que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos; previendo en su último párrafo que en procesos ejecutivos iniciados y no concluidos a la entrada en vigor, y en los que ya se hubiera fijado la cantidad por la que se pide el despacho de ejecución, se «*dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculé aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior*».

Tal previsión suponía que en ejecuciones hipotecarias en curso y despachadas por cantidad que incluyera intereses moratorios a un tipo convencional (el fijado en el préstamo) que excediera de ese límite, debía darse traslado al ejecutante para que dicha cantidad fuera recalculada aplicando un interés de demora a partir de un tipo no superior a tres veces el interés legal del dinero. El problema surgía cuando para el órgano judicial la cláusula de interés pudiera ser abusiva, porque esa previsión legal parecía imponerle implícitamente la obligación de moderar tal cláusula, ordenando el recálculo de los intereses moratorios estipulados y manteniendo así la vigencia de una cláusula cuyo carácter

---

<sup>491</sup> RDGRN 26.11.2013, FJ 5.º: «*Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (vid. artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación a las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 90 del Código Civil en relación a la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012) o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto (vid. el artículo 7. Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 7. Cinco de reforma del artículo 579, el artículo 7. Diez de reforma del artículo 671 y el artículo 7. Trece de reforma del 693 de la Ley de procedimiento)*».

abusivo fuese apreciado por el juez, en vez de proceder a su pura y simple erradicación como resulta del art. 6.1 Directiva 93/13 según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ya conocemos (*vid. supra*, epígrafe 3.2.2. C.I).

Sobre tal base, el JPII n.º 2 Marchena presentó dos peticiones de cuestión prejudicial europea contra la DT 2.ª Ley 1/2013, por entender que implicaba una limitación a la protección del consumidor que contravendría dicho art. 6.1. La primera de ellas por auto de 16.8.2013, que fue resuelta por Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*; la segunda se presentó el 24.10.2013 (*DO C 24*, de 25.01.2014, p. 2), asunto C-548/13, que fue archivado por APTJ 16.4.2015, tras notificársele al JPII esa sentencia por parte del Tribunal de Justicia que le invitó a indicar si, a la luz de la misma, deseaba mantener su (segunda) petición, siendo negativa la respuesta del órgano español, lo cual era comprensible pues en aquella sentencia el Tribunal de Justicia consideró que, en la medida en que esa Disposición Transitoria no impida al juez, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional (Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdos. 39 y 42).

La falta de reproche por parte del Tribunal de Justicia se fundó en las observaciones que hizo el Gobierno español sobre el ámbito de aplicación de dicha Disposición Transitoria y que fueron acogidas por el Abogado General WAHL en sus conclusiones. En efecto, dice el aptdo. 36 de la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* que, atendiendo a nuestro Gobierno, «*el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo (...) no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora*» (cursivas nuestras).

Por su parte, WAHL señaló que «En sus observaciones escritas, el Gobierno español sostuvo (...) que *la finalidad tanto del párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria como de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 consiste en limitar la cantidad máxima garantizada con el bien hipotecado para limitar el alcance de las obligaciones contractuales exigibles a través de la garantía hipotecaria respecto de terceros. El límite de los intereses de demora exigibles establecido en esas disposiciones (...) se aplica a préstamos garantizados con hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual del deudor. En la vista, el Gobierno español confirmó que esas disposiciones únicamente limitan el importe de los intereses de demora en relación*

*con el bien hipotecado, sin que alcance este límite a los demás elementos del activo del deudor, respecto de los cuales el acreedor sigue pudiendo exigir el pago íntegro de la cantidad pendiente con arreglo al artículo 1911 del Código Civil español. A la luz de las observaciones de ese Gobierno, me inclino por considerar que el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, por lo que se refiere a situaciones regidas por el Derecho transitorio, la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de hecho no regulan los intereses moratorios en sí, los cuales siguen perteneciendo a la esfera estrictamente contractual, sino que meramente establecen un límite al importe de los intereses de demora exigibles mediante la ejecución de una hipoteca. En consecuencia, el prestamista sigue estando facultado para exigir el pago íntegro de cualquier cantidad pendiente de pago dirigiéndose contra otros activos del deudor. Si esta interpretación del Derecho español es correcta, lo cual incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar, no alcanzo a ver qué relación tienen estas disposiciones con los derechos que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores y, aún menos, cómo esas disposiciones pueden restringirlos (...) el Gobierno español afirma que solo cuando una cláusula contractual no se considere abusiva resulta de aplicación, como una medida adicional de protección de la vivienda habitual, el límite fijado en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, en relación con el período transitorio, en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013»<sup>492</sup> (cursivas nuestras).*

Como vemos, el argumento utilizado por nuestro Gobierno, para evitar que el Tribunal de Justicia declarase la DT 2.<sup>a</sup> Ley 1/2013 contraria a la Directiva 93/13, fue que dicha Disposición Transitoria no regiría para los intereses moratorios abusivos de préstamos hipotecarios (firmados antes de la entrada en vigor de tal ley), interpretación que no deducimos del tenor de dicha disposición por cuanto no hace salvedad alguna respecto al ámbito de consumo, es más, al restringirse a las hipotecas constituidas sobre *vivienda habitual* cabe deducir lo contrario, esto es, su indiscutible aplicación a préstamos hipotecarios B2C, siendo en ellos mayoritario el uso de clausulado no negociado individualmente. Con razón se ha dicho que el argumento esgrimido por el Gobierno, y dado por válido por el Tribunal de Justicia «como si no quisiera

---

<sup>492</sup> WAHL, N., *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco, S. A., contra José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S. L., Francisco Antonio López Reina y Rosa María Hidalgo Vega; CaixaBank, S. A., contra Manuel María Rueda Ledesma, Rosario Mesa Mesa, José Labella Crespo, Rosario Márquez Rodríguez, Rafael Gallardo Salvat, Manuela Márquez Rodríguez, Alberto Galán Luna y Domingo Galán Luna*, Luxemburgo, 16.10.2014 (ECLI: EU: C:2014:2299), ptos. 39 y 43.

contrariar a un país que se tomó ciertas prisas en modificar su ley nacional para adaptarla» a la Sentencia *Aziz*<sup>493</sup>, es insostenible<sup>494</sup>.

Consideramos por tanto que el Tribunal de Justicia debería haber declarado contraria a la Directiva la citada DT 2.<sup>a</sup>, en vez de plasmar una solución que la dejaba (solo) *nominal y protocolariamente*<sup>495</sup> en pie<sup>496</sup>, habida cuenta de que, según el aptdo. 41 de la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, cuando el interés moratorio estipulado tuviera que ser limitado en virtud de dicha disposición, el juez nacional podría «*además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula*»; con lo cual, el recálculo ordenado por la DT se cumpliría formalmente pero sería inocuo si el juez apreciase abusividad en la cláusula de interés. Esto solo tendría algo de sentido –aunque sin valor práctico, pues aunque se recompusiera la cantidad por la que se despache ejecución, la posterior erradicación supondría otra minoración del monto total para que no se ejecutara por interés moratorio alguno– si apreciare su carácter abusivo por causa distinta a superar el triple del interés legal, porque si esta fuera la causa no tendría mucha lógica moderar para a continuación suprimir una cláusula que ya entonces no produciría el efecto desequilibrador inicialmente percibido por el juez.

Como era de prever al conocerse la Sentencia *Unicaja Banco y Caixa-bank*, se resolvieron en igual sentido las peticiones de decisión prejudicial que también cuestionaban dicha DT 2.<sup>a</sup>, planteadas por otros tribunales españoles, concretamente: el JPI n.º 2 Santander, vía auto de 19.11.2013, que el Tribunal de Justicia resolvió por Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (vid. aptdo. 46); y el JPII n.º 1 Miranda de Ebro, mediante auto de 17.2.2014, cuestión resuelta por Auto *Banco Grupo Cajatres* (vid. aptdo. 42). El JPII n.º 3 Ávila también

<sup>493</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Si el interés de demora es abusivo no se puede moderar ni recalcular», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 25.1.2015. En efecto, recordemos que con la Ley 1/2013 se introdujeron modificaciones en la LEC para posibilitar la apreciación de abusividad en sede ejecutiva (remitimos al análisis realizado *supra*, epígrafe 3.1.2. B), modificaciones que, como reza el Preámbulo de dicha ley, se adoptaron «*como consecuencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*».

<sup>494</sup> De «indecente» lo califica ALFARO ÁGUILA-REAL, J. («La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley», en <http://derechomercantiles.pana.blogspot.com>, 21.1.2015), porque «la inmensa mayoría de los contratos de préstamos hipotecarios se celebran entre consumidores y profesionales», y porque, para ALFARO, «el legislador no puso ningún límite –aunque aparentó hacerlo– a los intereses moratorios al promulgar la Ley 1/2013», pues «*el interés legal del dinero en España está muy por encima de los intereses del mercado (...) de manera que fijar en una Ley que el máximo de los intereses moratorios es de 3 veces el interés legal del dinero equivale, prácticamente, a dar libertad total al predisponente para fijar los intereses*».

<sup>495</sup> Adjetivos bien traídos por BALLUGERA, *op. ult. cit.*

<sup>496</sup> Pues, para salvarla, se supondría operativa en préstamos celebrados con hipotecantes no consumidores, escenario inédito hablando de vivienda habitual, o que, siéndolos, la cláusula de intereses no les hubiese sido impuesta, algo difícil en la contratación de préstamos hipotecarios.

presentó, sobre la misma base que las anteriores, cuestionamiento prejudicial en fecha 11.2.2014 (*DO C 135*, de 5.5.2014, p. 23), asunto C-75/14, que se archivó por APTJ 18.3.2015, al informar el órgano español que retiraba su petición al saber de la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*.

La meliflua postura del Tribunal de Justicia, que prefirió no reprochar sino dejar en la inocuidad el recálculo moderador *ex DT 2.ª Ley 1/2013*, consiguió no obstante atajar la línea que venía defendiendo la banca española, según la cual cabía, en vez de suprimir la cláusula nula por abusiva referente al interés moratorio, moderarla sustituyendo la tasa convenida por lo dispuesto en esa disposición nacional, línea que tuvo acogida por cierto sector judicial<sup>497</sup>. Y es que lo realmente trascendente de la sentencia y autos europeos antedichos fue, como veremos a continuación, perfilar los contornos de la eventual consideración de abusividad del clausulado sobre intereses de demora y sus consecuencias, entre ellas y por cuanto ahora nos ocupa, la imposibilidad de sustituir el contenido abusivo, en orden a reducir y con ello mantener la obligación de pagar interés moratorio, por el límite fijado en art. 114. III LH o, respecto al régimen transitorio, en la *DT 2.ª Ley 1/2013*.

### A.III) Valoración de su eventual carácter abusivo y consecuencias de apreciarlo desde la jurisprudencia europea y nacional

La primera cuestión en torno al control de abusividad de las cláusulas que establezcan el interés moratorio aplicable a la concreta relación contractual (B2C y sin negociación individual), sería si dicho control consiste en examinar su contenido o su transparencia, lo que dependerá, según la jurisprudencia nacional, de que regule un elemento accesorio o principal –respectivamente– del contrato. Al respecto, la *STS 22.4.2015*, dictada en Pleno, señaló (FJ 3.º, pto. 5) que «*La cláusula que establece el interés de demora no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación. Regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (...) y, como tal, no resulta afectada por la previsión del art. 4.2 de la Directiva, que solo prevé el control de*

<sup>497</sup> Como ejemplo, la *SAP Alicante*, 5.6.2014, FJ 4.º, que procedió a sustituir la tasa de interés moratorio anulada por la que se ajustaba a la aplicación de la *DT 2.ª Ley 1/2013*, y la *SAP Alicante* 10.6.2014, FJ 2.º, que abundando en ello trajo a colación la doctrina europea sobre la excepción a la prohibición de integración sentada por la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* (que analizamos *supra* en epígrafe 3.2.2. C.II), sosteniendo –erróneamente– que sus argumentos «*son trasladables al caso de anulación de una cláusula de la que no depende la subsistencia del contrato cuando, como es el caso de las cláusulas que fijan el interés de demora, tiene base contractual jurídicamente razonable como para mantener el fin pretendido por la cláusula*».

*transparencia (...). Es más, tanto la Directiva como la Ley, actualmente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, prevén expresamente la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento del consumidor con el quebranto patrimonial efectivamente causado al profesional o empresario».*

Argumentación que, dada allí con referencia a préstamos personales destinados al consumo, después se declararía también aplicable al interés moratorio estipulado en préstamos hipotecarios por la STS 364/2016, de 3 de junio (FJ 2.º, pto. 4), dictada igualmente en Pleno, siendo por otro lado destacable que según esta resolución el hecho de que el préstamo hipotecario destinado a adquisición de vivienda habitual, en el cual se insertó la cláusula de interés discutido, fuera luego ampliado para otros usos (mercantil o personal), no impide que pueda aplicarse la normativa protectora de consumidores para juzgar el carácter abusivo de tal cláusula, ni tampoco permite concluir que la misma fuera negociada individualmente<sup>498</sup>.

Sentado el carácter accesorio de dichas cláusulas, en préstamos personales e hipotecarios, y susceptibles de *control de contenido* examinándose la proporcionalidad de la indemnización que supone la tasa estipulada de interés moratorio, tal examen se ajustará a criterios específicos. En este sentido, partiendo de los criterios generales proporcionados por la jurisprudencia europea para determinar si una cláusula causa un desequilibrio contractual en detrimento del consumidor pese a las exigencias de la buena fe<sup>499</sup>, analizó el Tribunal Supremo los porcentajes que nuestra legislación establece para los diversos supuestos de interés de demora –previsiones legales que antes relacionamos– e hizo un pronóstico de cuál sería el que en una negociación individual aceptaría un consumidor<sup>500</sup>, que en caso de préstamos personales debería consistir en la

---

<sup>498</sup> STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 2.º, pto. 2, siguiendo la doctrina contenida en STJ 3.9.2015, *Costea*, C-110/14, esto es, «para decidir si el contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante».

<sup>499</sup> Recordemos que según el TJ (Sentencia *Aziz*, aptdos. 68 y 69, Auto *Sebestyén*, aptdos. 27 y 28, y Sentencia *Constructora Principado*, aptdo. 21) habría que analizar, por un lado, las normas nacionales aplicables en defecto de pacto, y por otro, si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula del tipo discutido en el marco de una negociación individual. Para más detalles remitimos al estudio jurisprudencial que realizamos supra, epígrafe 2.3.2.

<sup>500</sup> El cual admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo (SSTS de 22.4.2015, FJ 4.º, pto. 4, y de 7.9.2015, FJ 5.º, pto. 6).

adición de un pequeño porcentaje sobre el interés remuneratorio pactado<sup>501</sup>, y en concreto sentó –como doctrina jurisprudencial– que en esos préstamos es abusivo un interés de demora que implique un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado<sup>502</sup>, criterio que luego extendería el Alto Tribunal a los intereses moratorios de préstamos hipotecarios<sup>503</sup>.

Lo determinante para decidir sobre el carácter abusivo del interés moratorio establecido en una cláusula no negociada en contrato concertado con consumidores, es el examen de si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización a ello asociada<sup>504</sup>, pues si impusiera una desproporcionadamente alta al consumidor estaríamos ante el supuesto previsto en art. 85.6 TRLCU, que es desarrollo de lo dispuesto en el aptdo. 1.e) Anexo de la Directiva 93/13 en relación con su art. 3, disposiciones citadas por el Tribunal de Justicia al pronunciarse acerca de los criterios para decidir sobre la abusividad del interés moratorio convencional, señalando que el juez nacional debe comprobar *«por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»*<sup>505</sup>. Además, ha dicho el Tribunal de Justicia que para apreciar si una indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta,

<sup>501</sup> El TS considera que en dichos préstamos ese porcentaje adicional no debe ser elevado por cuanto la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado, entendiéndose pues que el profesional no podría estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés moratorio en un préstamo personal que implicara un incremento considerable del interés remuneratorio, lo cual además supondría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto (SSTS de 22.4.2015, FJ 4.º, ptos. 5 y 6, y de 7.9.2015, FJ 5.º, ptos. 7 y 8).

<sup>502</sup> STS 22.4.2015, FJ 4.º, pto. 7, y Fallo, aptdo. 3; criterio que expresamente se reitera en STS 7.9.2015, FJ 5.º, pto. 9. Entiende el Alto Tribunal que el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés moratorio que en los préstamos personales no suponga una indemnización excesiva es el previsto en art. 576 LEC, precepto que como sabemos marca, en defecto de pacto o disposición legal especial, un interés por mora procesal de interés legal más *dos puntos*, los cuales aplica el TS al interés remuneratorio (no al legal del dinero) como indemnización proporcionada por la demora en el pago de esos préstamos.

<sup>503</sup> En STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 4.º, pto. 7, reconociendo que si bien en la STS 22.4.2015 se justificó el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio por ser este último mucho más elevado en el préstamo personal al carecer de garantía real, *«esta diferencia no justifica que varíemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario»*.

<sup>504</sup> STS 22.4.2015, FJ 3.º, pto. 6; STS 7.9.2015, FJ 5.º, pto. 2; STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 2.º, pto. 4.

<sup>505</sup> Sentencia *Aziz*, aptdo. 74.

en el sentido del aptdo. 1.e) Anexo Directiva 93/13, «*procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas*»<sup>506</sup>.

En préstamos personales la STS 22.4.2015 fijó una regla precisa: dos puntos sobre el interés remuneratorio indemnizaría de modo proporcionado, siendo abusiva la cláusula que establezca un interés moratorio superior. Pero en dicha sentencia advirtió el Alto Tribunal que los préstamos hipotecarios «*tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2005 [sic], asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank*»<sup>507</sup>. ¿Qué significa esto? Que aunque cupiera pensar que en ellos el triple del interés legal del dinero pudiera cumplir la misma función de guía que separe un interés abusivo de uno equitativo (recordemos que el Tribunal Supremo dijo que las normas sobre interés moratorio, entre ellas el art. 114. III LH, pretenden fijar una proporcionada indemnización por retraso en el cumplimiento<sup>508</sup>), hay que atender a lo dicho por el Tribunal de Justicia, que en la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* (aptdo. 40) estableció que «*no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva*», y posteriormente en el Auto *Ibercaja Banco* (aptdo. 42, primer inciso), respondiendo a la cuestión de si la valoración de abusividad, ceñida a comprobar que el tipo pactado superase el triple del interés legal, es conforme a la Directiva 93/13, declaró que las disposiciones de esta «*no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional*».

De hecho, las ulteriores SSTs 23.12.2015 y 18.2.2016, referidas a préstamos hipotecarios, señalaron –en FJ 5.º, aptdo. d), pto. 2, y en FJ 2.º, primer motivo, pto. 8, respectivamente– con cita de la jurisprudencia europea, que el límite cuantitativo del art. 114. III LH «*no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las*

---

<sup>506</sup> Sentencia *Radlinger y Radlingerová*, aptdo. 101.

<sup>507</sup> STS 22.4.2015, FJ 4.º, pto. 1.

<sup>508</sup> SSTs de 22.4.2015, FJ 4.º, pto. 5, y de 7.9.2015, FJ 5.º, pto. 7.

*condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas»* (después la STS 364/2016, de 3 de junio, Pleno, que, conforme a la doctrina del TJ, tal límite no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo). Pero en dichas sentencias no estableció el Alto Tribunal ningún criterio objetivo similar al introducido en la STS 22.4.2015 sobre el carácter abusivo del interés moratorio en préstamos personales, aun siendo conveniente establecerlo para los hipotecarios por seguridad jurídica, como reconoció a posteriori la STS 364/2016, de 3 de junio, donde se terminó fijando, como ya dijimos, la misma regla objetiva en el caso del préstamo hipotecario, respecto al cual sería abusivo el interés moratorio que supere en dos puntos el remuneratorio, y también el interés recalculado conforme al límite *ex art. 114. III LH*<sup>509</sup>.

Y es que, apreciada la abusividad del interés moratorio, no cabría reducir el tipo estipulado a ese límite ni sustituirlo por un tipo previsto legalmente con carácter dispositivo<sup>510</sup>: *declarada su nulidad por abusiva, la cláusula de interés moratorio debe erradicarse sin más, y por tanto ningún interés por mora será exigible al consumidor*. Ello es así por no concurrir el supuesto que según la jurisprudencia europea permitiría excepcionar la prohibición de no integrar ni moderar el clausulado abusivo, recordemos, caso en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara a anular todo el contrato, quedando con ello expuesto el consumidor a consecuencias que le supusieran una penalización<sup>511</sup>.

En efecto, al regular un elemento accesorio –indemnización por falta de puntual cumplimiento–, el contrato que fuere subsistirá perfectamente sin la cláusula de interés moratorio, y tratándose de un préstamo, no habría pues inmediata exigibilidad de su devolución (que sí acontecería, perjudicando al consumidor prestatario, en caso de nulidad total del contrato), y concretamente en el garantizado con hipoteca el Tribunal de Justicia ha señalado que *«la*

---

<sup>509</sup> Señala la STS 364/2016, de 3 de junio, FJ 2.º, pto. 8, que *«este límite operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos»*.

<sup>510</sup> Interés legal del dinero *ex art. 1108 CC*, norma supletoria del Derecho nacional. Tampoco valdría a tal efecto el art. 114. III LH, como advirtieron las STS 23.12.2015 –FJ 5.º, d), pto. 3– y 79/2016, de 18.2.2016 –FJ 2.º, primer motivo, pto. 9–: *«el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual»*.

<sup>511</sup> Como analizamos *supra*, epígrafe 3.2.2. C. II, doctrina sentada por la Sentencia *Kásler y Kásler-né Rábai* (aptos. 82-84), citada expresamente en el aptdo. 33 de la Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank* y en los aptdos. 38 de los Autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Banco Grupo Cajatres*.

*anulación de las cláusulas contractuales en cuestión no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor; ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas» (Sentencia Unicaja Banco y Caixabank, aptdo. 34; Auto Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, aptdo. 39; Auto Banco Grupo Cajastres, aptdo. 39), y que los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 «exigen que el Derecho nacional no impida que el juez deje sin aplicación tal cláusula en caso de que aprecie que es «abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1» (Auto Ibercaja Banco, aptdo. 42, segundo inciso).*

Haciéndose eco de la jurisprudencia europea, el Tribunal Supremo ha declarado que *«la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la validez») ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés. Es, simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, porque ese es el contenido de la cláusula considerada abusiva, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada»*<sup>512</sup> (cursivas nuestras). En conclusión, la nuli-

---

<sup>512</sup> Doctrina sentada por STS 22.4.2015, FJ 6.º, confirmada expresamente por STS 7.9.2015, FJ 6.º. El pasaje reseñado se encuentra en el pto. 6 *in fine* de ambos FFJJ de dichas sentencias, fundamentos donde el TS repasa la jurisprudencia del TJ sobre la prohibición de integración y moderación para concluir que en el caso de las cláusulas de interés moratorio no concurre el supuesto de excepción a dicha prohibición, trayendo a colación lo dicho por el TJ al analizar dichas cláusulas en préstamos hipotecarios. En palabras de la SAP Salamanca 19.6.2015, FJ 8.º, se trata de una *«revolucionaria doctrina, que puede resultar discutible (pues hubiera sido, quizás, más adecuado aplicar el criterio general supletorio del art. 1108 CC, estableciendo como indemnización para el prestamista el interés legal del dinero), pero que viene motivada por la necesidad de respetar la doctrina del TJUE en el sentido de rechazar cualquier posibilidad de moderación del interés de demora y de suprimir necesariamente y por completo la aplicación de la cláusula declarada nula por abusiva. El Alto Tribunal busca con esta nueva doctrina indemnizar al prestamista por el incumplimiento del contrato por parte del prestatario, a pesar de que la cláusula de intereses de demora haya sido declarada nula -y por tanto ineficaz- por abusiva. Y lo hace reconociendo la aplicación del interés remuneratorio estipulado en el contrato incluso tras el vencimiento anticipado del mismo a instancias del prestamista, partiendo de esa consideración del interés de demora como un incremento sobre el interés remuneratorio; incremento que deberá suprimirse en caso de declararse abusivo (...), sin perjuicio de que se compense al prestamista por el incumplimiento mediante la aplicación del interés remuneratorio pactado en el contrato hasta el momento en que se proceda el reintegro de la cantidad prestada»*. El criterio establecido en la STS 22.4.2015, para los préstamos personales, debe mantenerse respecto de los préstamos hipotecarios, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, según afirma la STS 23.12.2015, FJ 5.º, aptdo. d), pto. 3, y la

dad por abusivo del interés moratorio estipulado supondrá que el único interés exigible al consumidor sea el remuneratorio<sup>513</sup>.

## B) CLÁUSULA DE CAPITALIZACIÓN DE INTERESES

### B.I) Tratamiento nacional (vigente y propuesto) del anatocismo y prohibición de capitalizar ciertos intereses moratorios

En nuestro ordenamiento, la capitalización de intereses o anatocismo surge cuando el obligado al pago de intereses no hace frente a ellos en tiempo y forma, de suerte que los vencidos y no satisfechos se consideran capital, en el sentido de que su importe devenga, por ley o pacto expreso (anatocismo legal/convencional), de modo autónomo o agregado al principal, nuevos intereses, que son los anatocísticos.

En el ámbito civil, el art. 1109 CC, en su primer párrafo, regula el anatocismo legal para las obligaciones civiles («*Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados,...*») y admite tácitamente el convencional<sup>514</sup> («*...aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto*»), remitiendo su párrafo segundo al CdC para los negocios comerciales. Los intereses anatocísticos de origen legal civil pueden tener como base intereses tanto ordinarios como moratorios<sup>515</sup> (legales –tipo legal *ex* art. 1108 CC– o pactados), que tras ser exigidos judicialmente producirán los anatocísticos al tipo legal del dinero, salvo que para estos se haya contemplado expresamente –*ergo* anatocismo civil convencional– un distinto tipo aplicable (v.g. el estipulado para los intereses-base) o que se devenguen desde su reclamación extra-

---

STS 79/2016, de 18.2.2016, FJ 2.º, primer motivo, pto. 9, efectos de la declaración de nulidad que la STS 3.6.2016 (FJ 3.º) sienta como doctrina para los hipotecarios citando tales resoluciones.

<sup>513</sup> Para ORDUÑA MORENO, F. J. («Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato», en ORDUÑA MORENO, F. J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016, libro electrónico, pp. 132 y 133), la argumentación con la que la STS 22.4.2015 pretende justificar la vigencia del interés remuneratorio, como «sustitutivo» del moratorio declarado abusivo a efectos de liquidación de la relación contractual, resulta injustificable en el plano de la propia interpretación –calificada como «literalista» por ORDUÑA– que hace dicha sentencia de la jurisprudencia europea sobre la prohibición de integración, pues al final «*no tiene más remedio que reconocer que materialmente se produce una clara integración del contrato al declarar que el interés remuneratorio no resulta afectado por la abusividad del interés de demora y permitir su vigencia o aplicación en el plano de la relación contractual ante su vencimiento anticipado*».

<sup>514</sup> MEDINA ALCOZ, M., «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», en *InDret*, 4/2011, p. 28, y doctrina citada en n. 92.

<sup>515</sup> A favor, MEDINA, *ib.*, p. 21 y doctrina en n. 64; en contra, limitándolos a los remuneratorios, autores citados *ib.* n. 65. Nótese que la norma no hace distinción de unos u otros intereses a tal efecto.

judicial o automáticamente desde el impago de intereses de los que traen causa, pudiendo pactarse la acumulación (desplazando la fórmula pura *ex norma supletoria*) de los intereses que vayan venciendo al crédito principal<sup>516</sup>.

En el ámbito comercial, las normas sobre anatocismo se ubican en sede de préstamo mercantil, cuyos intereses (reputándose como tales toda prestación pactada a favor del acreedor –art. 315 CdC–) «*vencidos e impagados no devengarán intereses*», según dice el art. 317 CdC en su primer inciso, negando pues el anatocismo legal previsto en el CC (aplicable sin embargo al resto de contratos mercantiles –art. 2 CdC–), al tiempo que su segundo inciso admite el pacto de «*capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos*», si bien advierte el art. 319 CdC que «*interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos*»<sup>517</sup>.

Conviene resaltar que mientras la PMCC no contempla una norma similar al art. 1109 CC, la PCM, con un planteamiento expansivo de la materia mercantil<sup>518</sup>, prevé para el préstamo dinerario una disposición que acoge la exclusión del anatocismo legal y admisión del convencional *ex art.* 317 CdC.

En efecto, dispone el art. 573-9 PCM en su aptdo. 1 que «*Los intereses vencidos y no pagados no devengarán nuevos intereses. No obstante, mediante pacto expreso que conste por escrito podrá convenirse que los intereses devengados y no satisfechos se acumulen al principal, de modo que la suma de ambas cifras produzca a su vez intereses*», y en su aptdo. 3 reproduce la regla del art. 319 CdC<sup>519</sup>. La mayor novedad respecto al régimen vigente consiste en exigir un mínimo lapso temporal para hacer la capitalización, que solo cabrá «*anualmente, o por períodos superiores de tiempo*», según dispone el art. 573-9.2 PCM, previendo además que «*Si se hubiere pactado un plazo más breve para la devolución del principal, o se tratare de préstamos a interés variable cuyos intereses se calcularan y devengarán por periodos pacta-*

<sup>516</sup> Siguiendo la clásica distinción expuesta por MURILLO VILLAR, A. («Anatocismo. Historia de una prohibición», en *AHDE*, n.º 69, 1999, p. 498, n. 3 y doctrina *ib. citada*), son tres las formas de concebir el anatocismo: acumulación de los intereses que vayan venciendo al capital original, de modo que la suma global produzca nuevos intereses y así sucesivamente (*acumulación sucesiva*); unificación de capital e intereses vencidos en cúmulo único (*acumulación simple*); intereses vencidos forman un capital autónomo que genera unos nuevos (los intereses de intereses –no la suma de capital e intereses– o *fórmula pura*).

<sup>517</sup> Tal disposición puede entenderse, en cuanto al anatocismo convencional admitido en art. 317 CdC, como un plazo preclusivo para pactar la acumulación o bien como la imposibilidad de efectuarla, pese a la validez del pacto previo, respecto a los intereses devengados a partir de la reclamación judicial: *vid.* MEDINA, *op. cit.*, p. 34 y autores a favor de uno y otro planteamiento *ib. n.* 113 y p. 35, n. 114.

<sup>518</sup> Que únicamente deja fuera las relaciones entre particulares: *vid.* GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>519</sup> «Interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir *nuevos réditos*», misma redacción que el art. 319 CdC salvo porque este habla de *mayores réditos*.

dos contractualmente, la capitalización se hará coincidiendo con el plazo más breve entre el previsto para la devolución del principal o con el cierre de cada uno de los periodos de intereses que resulten impagados». Novedoso también resulta condicionar la validez del anatocismo convencional a que «se deje constancia en el contrato del coste efectivo anual del interés a pagar, según las previsiones contractuales» (art. 573-9.4 PCM).

Nótese que la PCM habla de interés en general respecto al pacto de anatocismo en el préstamo mercantil. Sigue en este sentido al CdC, con lo cual no parece que deba distinguirse donde la norma no lo hace. La práctica demuestra que en tales préstamos es habitual estipular la capitalización de todo tipo de intereses, no solo remuneratorios. El propio legislador parte de que cabe anatocismo mercantil (luego convencional y en préstamo) sobre intereses moratorios, porque en caso contrario hubiera holgado que lo prohibiera para el préstamo hipotecario de vivienda, habida cuenta de la mercantilidad de este contrato.

Dicha prohibición fue introducida por Ley 1/2013, añadiendo el pfo. III al art. 114 LH y con él la imposibilidad de capitalizar los intereses de demora de préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma. No obstante hay una excepción en caso de eventual ejecución hipotecaria: si el remate fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante, el ejecutado podrá liberarse pagando en cinco años el 65% de la cantidad total que quedara pendiente, incrementada en el interés legal hasta el momento del pago [art. 579.2.a) LEC], para cuya aplicación se permitiría capitalizar los intereses moratorios según lo dispuesto en art. 114. III *in fine* LH.

## B.II) Intereses anatocísticos en el moderno Derecho contractual europeo

Comenzando por los PECL, pues no en vano constituyen la base histórica de la moderna construcción del Derecho patrimonial privado europeo<sup>520</sup>, su artículo 17:101 (título *When interest to be added to capital*) prevé una suerte de anatocismo legal automático de cúmulo sucesivo al establecer que (1) el interés a satisfacer conforme al art. 9:508(1) –como ya vimos regula el interés por retraso en el pago de deudas dinerarias en general– se añade anualmente al capital, regla que (2) no sería aplicable cuando las partes hayan estipulado un interés moratorio. En el paralelo proyecto GANDOLFI, los intereses anatocísticos reciben la denominación de «suplementarios» (*intérêts supplémentaires*)

<sup>520</sup> OLIVA, *op. cit.*, 2014b, p. 47.

por el aptdo. 5 del art. 169 CEC, según el cual las sumas de dinero contempladas en los apartados previos (analizados *supra*) generan a su vez dichos intereses, también susceptibles de actualización conforme a los mismos criterios.

Por lo que respecta al DCFR, opta por diferenciar la capitalización de intereses moratorios derivados del retraso en el pago de deuda dineraria, reproduciendo en su art. III.-3:709 lo dispuesto en el antes visto art. 17:101 PECL; y la capitalización de intereses remuneratorios no pagados puntualmente, que regula de forma específica para el préstamo en art. IV. F.-1:104(4) DCFR. En cuanto a la primera, sigue la fórmula del anatocismo automático de acumulación sucesiva, al disponer el art. III.-3:709 DCFR que los intereses debidos según art. III.-3:708 (regulador, siguiendo como vimos *supra* al art. 9:508 PECL, de los moratorios por impago de deudas pecuniarias en general, luego no se prevé ese anatocismo para los derivados de deudas comerciales *ex* art. 3:710 DCFR <sup>521</sup>) se añaden al capital cada doce meses, salvo que las partes acordaran —explícita o implícitamente<sup>522</sup>— un tipo de interés para el retraso en el pago.

Los intereses anatocísticos que corresponden al acreedor conforme al art. III.-3:709 DCFR se justifican en el comentario oficial por el hecho de que los intereses devengados de una obligación dineraria son un activo, de cuyo beneficio se priva a aquel por retraso tanto como la demora en el pago del principal, aunque también se reconoce que la capitalización de intereses es una sanción efectiva al moroso por el incremento gradual que produce en la deuda<sup>523</sup>. En todo caso, al tratarse de una norma dispositiva es posible el anatocismo convencional, en que se estipule una preceptiva reclamación, una distinta forma de capitalización u otra fórmula de cálculo.

En cuanto a los intereses remuneratorios del préstamo, el art. IV. F.-1:104 DCFR parte (2) de que a falta de previsión en el contrato deben pagarse salvo que ambas partes sean consumidores (en coherencia con la inaplicación de las reglas del Libro IV. F a los préstamos cuyo destinatario sea consumidor, según art. IV.-F.-1:101.1), intereses que se satisfarán (1) en función de lo pactado, *ergo* las reglas supletorias serían (3) su devengo diario desde que se recibe el préstamo y (4) la capitalización anual del interés debido por adición al principal, anatocismo que es configurable convencionalmente.

---

<sup>521</sup> En este sentido *vid.* MEDINA, *op. cit.*, p. 47. *Vid.* también lo que comentamos *supra* sobre tal precepto.

<sup>522</sup> DCFR, *Full Edition*, «III.-3:709», p. 952, donde se explica esta excepción a la regla de capitalización por considerar que el hecho de que las partes pactaran un interés moratorio significa que podrían haber convenido el anatocismo y sin embargo no lo han querido.

<sup>523</sup> *Ib.*, pp. 951-952.

Resulta curioso constatar que tanto el FS como la CESL, textos inspirados en el DCFR, se apartan de este en cuanto a la capitalización de intereses, hasta el punto de que, lejos de incluir la regla general del anatocismo «legal» *ex art. III.-3:709 DCFR*, la única disposición que dedican a la cuestión tiene como fin prohibir la capitalización en el ámbito B2C. En efecto, los preceptos relativos a los intereses cuando el deudor es consumidor, arts. 172 FS (168 *FS rev.*) y 167 CESL, establecen de forma idéntica en sus aptdos. 4 que no se podrán añadir intereses de demora al capital para producir intereses. Sin ser concluyentes sobre la posibilidad de capitalizar en B2B, la falta de inclusión de una regla que ya estaba presente en art. 17:101 PECL ha recibido críticas en la medida en que si es prioridad de la Unión Europea avanzar hacia una cultura de pago puntual, la capitalización de intereses estaría en línea con tal objetivo<sup>524</sup>.

### B.III) Consideración de abusividad del pacto de anatocismo

Trayendo a colación lo antes dicho (epígrafe 4.4.3. A. III) sobre la imposibilidad de establecer judicialmente un interés sustitutivo del moratorio convencional declarado nulo por abusivo y sobre los criterios tendentes a considerarlo como tal, igual declaración merecería la estipulación –predispuesta e impuesta al consumidor– que en el mismo contrato previera la capitalización de intereses al tipo pactado para el moratorio, porque de tal previsión resultarían unos intereses –anatocísticos– que supondrían una indemnización desproporcionadamente alta en los términos del art. 85.6 TRLCU<sup>525</sup>; y abstracción hecha del tipo fijado para la capitalización, si esta se estipulara sobre los moratorios que hayan sido declarados nulos, tal nulidad arrastraría consigo la de dicho anatocismo ya que no sería posible su aplicación sobre lo que habría sido erradicado sin más<sup>526</sup>.

<sup>524</sup> Así, criticando la ausencia de una regla de capitalización en la CESL, ZIMMERMANN, R., «Interest for Delay in Payment of Money», en Gullifer, L./Vogenauer, S. (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, 2014, pp. 344 y 346; no obstante sostiene que la protección de los consumidores prevista en art. 167(4) CESL puede ser preservada dejando claro que no pueden ser obligados, por ley u obligación contractual, a pagar el interés compuesto (*ib.*, p. 347), proponiendo revisar los arts. 166-171 CESL, revisión en que el art. 171 (*ib.*, p. 349) trataría sobre la capitalización de intereses, previéndola como regla general y con adición anual su aptdo. 1 (salvo que las partes acordaran un interés moratorio, aptdo. 2), con excepción en su aptdo. 3 de que el deudor fuera consumidor, no siendo entonces posible ni siquiera mediante pacto: *If the debtor is a consumer interest may neither be added to the outstanding capital under paragraph (1) of this Article nor by agreement of the parties.*

<sup>525</sup> Consideran que la cláusula de anatocismo podría ser abusiva por imponer una indemnización desproporcionada a cargo del consumidor, MEDINA, *op. cit.*, p. 37 y autores citados *ib.*, n. 121.

<sup>526</sup> Razonamiento que hace la SAP Alicante 10.6.2014, FJ 3.º, aunque no se basa en ello para declarar nulo el pacto de anatocismo, pues consideró factible la sustitución del interés de demora y por tanto la cuestión no podía quedar resuelta con la declaración de abusividad de la cláusula de interés moratorio. Por

Igualmente nulo sería el pacto de capitalización de intereses moratorios, al tipo de fuere y aun siendo lícitos los intereses a capitalizar, cuando dicho pacto se inserte en un préstamo para adquisición de vivienda habitual garantizado con hipoteca sobre la misma, por contravenir tal estipulación lo dispuesto en art. 114. III LH (al respecto *vid.* epígrafe 4.4.3. B. I). Dado que tal previsión legal parte de que en ese marco contractual –con adhesión del consumidor– dicho pacto arrojaría un injusto resarcimiento del retraso (luego lucro del prestamista en perjuicio del consumidor), las razones del legislador para prohibirlo son trasladables al concepto de abusividad *ex art.* 82 TRLCU proyectable a la cláusula de anatocismo en ese tipo de operaciones.

Teniendo presente que la capitalización de intereses, ya sean moratorios o remuneratorios insatisfechos, puede tener carácter sancionador<sup>527</sup>, su estipulación sin negociación podría llegar a considerarse una suerte de cláusula penal abusiva por imponer un resarcimiento que ya no sería netamente moratorio y por ende muy superior al perjuicio derivado del retraso en el pago de los intereses debidos<sup>528</sup>.

Por último, con independencia de los razonamientos previamente expuestos –más fuertes que el que a continuación se plantea–, sería incluso discutible la propia introducción del pacto anatocístico en préstamos bancarios a consumidores, habida cuenta de la naturaleza mercantil de tal contratación, efectuada notoriamente mediante condiciones generales, pues estaríamos ante el caso del anatocismo que en nuestro ordenamiento requiere de expreso acuerdo entre las partes (artículo 317 CdC) y ante una estipulación predispuesta e impuesta –ausencia de negociación presumida jurisprudencialmente en el sec-

---

su parte, la STS 23.12.2015, FJ 5.º, e), afirma que «no puede obviarse que el pacto de anatocismo no es autónomo, sino que tiene su virtualidad en la previa existencia de un pacto sobre los intereses moratorios. De tal manera que, declarada la nulidad de la estipulación principal, dicha declaración «arrastra» la validez de la estipulación accesoria, que no puede subsistir independientemente».

<sup>527</sup> Junto a la naturaleza indemnizatoria de los intereses anatocísticos, que evidentemente es el fundamento del anatocismo legal que pretende compensar al acreedor el perjuicio sufrido por la indisponibilidad de los intereses a que tiene derecho, la cláusula de capitalización puede revestir carácter sancionador en tanto su inclusión obedezca a desincentivar el incumplimiento, para lo cual habrá que atender al tipo pactado para capitalizar: cuanto más distancia haya con el tipo legal por retraso más difícil será distinguir un pacto de anatocismo de una cláusula penal (cfr. UREÑA MARTÍNEZ, M., «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», en *RdP*, n.º 12, 2004, documento online, [www.ecri.eu](http://www.ecri.eu), p. 25). Acerca del debate doctrinal sobre la naturaleza del anatocismo, *vid.* MEDINA, *op. cit.*, pp. 12-14, así como UREÑA, *op. cit.*, p. 24 y autores citados *ib.*, notas 81 y 82.

<sup>528</sup> Se trataría de una agravación de responsabilidad del deudor –pues a la genuina indemnización de daños se acumula ese plus, pena *stricto sensu*– que opera por imposición, desplazando así la regla que para la excepcional pena cumulativa exige el art. 1153 *in fine* CC. Curiosamente, para exigir esta especie de cláusula penal, el art. 1148. II PMCC pone como requisito la culpa del deudor en el incumplimiento: *vid.* ARANA DE LA FUENTE, *op. cit.*, p. 7.

tor bancario<sup>529</sup> – con un contenido, que no acuerdo, propio de las situaciones que producen un desequilibrio contrario a la buena fe y perjudicial para el prestatario consumidor<sup>530</sup>.

#### 4.4.4 Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario

Resulta complicado encontrar un contrato de préstamo hipotecario que no contemple la facultad de la entidad financiera de darlo por vencido anticipadamente si concurren circunstancias predeterminadas por aquella. Aunque en puridad no estemos ante una condición resolutoria, sino ante la posibilidad de exigir la recuperación del total préstamo con sus intereses sin necesidad de esperar a que se cumplan los plazos convenidos, a efectos prácticos la cláusula de vencimiento anticipado supone un medio para facilitar la resolución contractual, pues la gran dificultad de hacer frente al íntegro e inmediato pago por parte del prestatario conducirá casi irremediabilmente a que la entidad prestamista resuelva el contrato<sup>531</sup>.

Enmarcada dicha cláusula en un contexto de contratación mediante condiciones generales y prestatario consumidor, analizaremos su eventual abusividad atendiendo a las causas establecidas por la entidad financiera para poder anticipar el vencimiento. Distinguiremos así dos grupos: i) por incumplimiento de obligaciones económicas, diferenciando a su vez entre la principal a cargo del prestatario, cual es el pago de las cuotas –amortización e intereses remuneratorios– del préstamo, y las accesorias, como el pago de primas de seguros a cuya contratación y mantenimiento por el prestatario se vincula el préstamo; ii) por otras circunstancias que guardan relación con el patrimonio acreditado, la inscripción registral de la garantía real, y la prohibición de realizar ciertos actos dispositivos sobre el bien hipotecado.

<sup>529</sup> STS 22.4.2015, FJ 3.º, pto. 3, y STS 29.4.2015, FJ 7.º, ptos. 4 y 5.

<sup>530</sup> Razones que llevaron a la SAP Alicante 10.6.2014, FJ 4.º, a declarar la nulidad del pacto de anatocismo en préstamo hipotecario a consumidor. En un caso de préstamo personal, la SAP Salamanca 19.6.2015 cita aquella en FJ 7.º como ejemplo de resolución que sigue la postura de que la cláusula de capitalización no debería incluirse en préstamos B2C con condicionado general, al entender que el pacto de anatocismo no negociado individualmente ha de considerarse nulo por perjudicar al consumidor; mas reconociendo que dista de ser una cuestión pacífica, sostiene que «*dependerá mucho de la forma en que aparezca redactada en el contrato, de la información proporcionada por el financiador al consumidor antes de la celebración del contrato, y de si el interés resultante del pacto supone una indemnización desproporcionadamente alto para el consumidor que no cumple sus obligaciones en relación con el interés remuneratorio pactado en el contrato*», para terminar declarando nula por abusiva la cláusula de anatocismo por dar lugar a un interés que excede del límite fijado por STS 22.4.2015, que como ya vimos es de dos puntos sobre el remuneratorio pactado en préstamo personal.

<sup>531</sup> TORRES, *op. cit.*, p. 248 y autores ib. citados.

A) POR IMPAGO DE TÉRMINOS AMORTIZATIVOS Y PRIMAS DE SEGUROS

A.I) La estipulada facultad de anticipar el vencimiento por incumplimiento del prestatario: criterios jurisprudenciales (nacional y europeo) sobre su licitud y traslación a la tipología objeto de análisis

Aunque el Tribunal Supremo abogó inicialmente por la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y normas de Derecho común<sup>532</sup>, esta postura maximalista fue cegada por una línea doctrinal ulterior que, atendiendo a los usos comerciales y la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria, vino a sostener la validez de tales estipulaciones, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)<sup>533</sup> cuando concurra justa causa para ello, esto es, cuando exista una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, lo cual no obstaría para que pudiera proclamarse el ejercicio abusivo de este tipo de cláusulas en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes, por concurrencia de circunstancias cuya apreciación se deja al puro

---

<sup>532</sup> Afirmó la STS 27.3.1999, FJ 5.º, que «la mal denominada condición resolutoria del préstamo» constituía un pacto contrario a las leyes y por tanto nulo *ex art. 6 CC*. Entendió el TS que el pacto de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario se opone frontalmente a los arts. 127 LH, que preconiza la necesaria perdurabilidad del crédito hipotecario en los contratos habituales, y 135 LH, que en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LEC 1/2000 (cuya DF 9.10 modificó su dicción original) obligaba al rematante a respetar la hipoteca siempre que quedaran por vencer otros plazos de la obligación –previsión que desde el año 2000 se encuentra en art. 693.1 *in fine* LEC–, hasta el punto de llegar a afirmar que si se considerara que ese pacto cumple una finalidad lícita «*debieran derogarse los preceptos del Código Civil que contradicen las anticipaciones resolutorias y los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes*». Y es que, razona dicha sentencia (FJ 7.º), tampoco el CC da margen para que opere la cláusula de vencimiento anticipado, pues según el art. 1125 CC las obligaciones a término solo son exigibles cuando el día llegue, y las excepciones a esta regla contenidas en el art. 1129 CC establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente cuando la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre en los préstamos con hipoteca.

<sup>533</sup> Por tanto para el TS el pacto de vencimiento anticipado no contravendría en abstracto las normas legales –a diferencia de lo sostenido previamente–, mas el argumento es insuficiente para sostener su validez, pues como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. («Análisis de la STS de 16 de diciembre de 2009», en *Estudios de los ponentes del meeting «Nuevos retos del Derecho de Consumo: prácticas comerciales desleales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria»*, Cuenca, 26 y 27 octubre 2010, [www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco), documento online, p. 30), «*precisamente en el ámbito de la protección de los consumidores el propio concepto de abusividad del actual art. 82.1 TR juega en un terreno distinto, o, al menos, a modo de círculo concéntrico y mucho más amplio que el de norma imperativa prohibitiva. No ser contraria a norma imperativa es exactamente el punto de partida del juicio sobre el posible desequilibrio importante en contra de la buena fe*».

arbitrio de la entidad bancaria, o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario<sup>534</sup>.

El criterio jurisprudencial de relevancia del incumplimiento respecto a la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario implica valorar: i) si las mismas gozan de la necesaria concreción, pues de lo contrario facultarían al prestamista para precipitar el vencimiento ante cualquier incumplimiento, aunque este fuese intrascendente o accesoria la obligación incumplida, quedando así la suerte del contrato a merced de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el consumidor prestatario aun cuando se le reconociera una facultad de amortización anticipada<sup>535</sup>; ii) si resulta esencial la obligación cuyo incumplimiento se prevé como habilitante para dar por vencido el préstamo, pues sin desconocer la muy restringida posibilidad de incluir deberes accesorios con carácter de interdependencia en una relación contractual por adhesión<sup>536</sup>, solo la desatención de obligaciones estrictamente principales permitiría considerar un incumplimiento relevante a estos efectos<sup>537</sup>; iii) si el incumplimiento mismo, presupuesto que sea de una obligación principal y por ende potencialmente trascendente, reviste una entidad tal que pueda entenderse tributario de tan graves consecuencias para el prestatario, cuales son la ejecución de la garantía y consiguiente pérdida del bien hipotecado.

Esta última cuestión es sin duda la más espinosa. Atendiendo a la doctrina del Alto Tribunal antes expuesta, que identifica el legítimo ejercicio de la facultad de anticipar el vencimiento con la existencia de una *verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial*, parecería lógico

---

<sup>534</sup> STS 4.6.2008, FJ 4.º, restando valor a lo dicho por la STS 27.3.1999 (citada en la nota previa) en cuanto valoración *obiter dicta* y tratarse de un supuesto «*en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista*», y recordando que dicho pronunciamiento no fue seguido por posteriores SSTS, recordatorio que igualmente hizo la STS 16.12.2009, FJ 10.º (vid. resoluciones citadas ib. como apoyo de esta línea jurisprudencial).

<sup>535</sup> Así lo entendió la STS 16.12.2009, FJ 20.º, respecto a la cláusula de «resolución» (*rectius*, vencimiento) anticipada por incumplimiento *genérico* del prestatario, sin dar pábulo al argumento de la prestataria de que la previsión de amortización anticipada equilibraría la «correlativa» de vencimiento anticipado.

<sup>536</sup> Como explica TORRES, *op. cit.*, pp. 248 y 249, aunque cabe que determinadas prestaciones accesorias se incorporen en una relación contractual con carácter recíproco, cuyo incumplimiento sí podría ocasionar la resolución por formar parte de la propia relación obligatoria, en la contratación con condiciones generales no hay previa negociación que permita deducir si fue esa la voluntad de las partes, lo cual reduce aquí la posibilidad de incluir en el sinalagma prestaciones secundarias con tal carácter.

<sup>537</sup> Vid. i.a. SSTS 4.6.2008 (FJ 4.º), 16.12.2009 (FFJJ 10.º y 20.º), y 17.2.2011 (FJ 3.º). No puede ser el prestamista quien decida sobre el carácter esencial o no de la obligación incumplida, porque sería tanto como dejar a su arbitrio la entidad del incumplimiento habilitante del vencimiento anticipado.

traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la disciplina general de la resolución por incumplimiento<sup>538</sup> y en consecuencia entender que aquel ejercicio solo podría ampararse en una contravención obligacional de tal gravedad que suponga la frustración del interés del prestamista en el contrato. Ello implicaría valorar el grado de desfase con lo nuclearmente comprometido<sup>539</sup>.

En este sentido, es evidente que si el prestatario incumpliera obligaciones accesorias, por muy notable que fuere la divergencia –aun en caso de incumplimiento total de la concreta obligación secundaria–, no podría hablarse de frustración del negocio para la entidad prestamista ni por ende justificar un adelanto del vencimiento en base a tal incumplimiento, ya que su sanción sería desproporcionada, calificación que también debiera merecer el vencimiento del préstamo por incumplimiento de obligación principal cuando el desfase

---

<sup>538</sup> Para BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004, p. 50, deberían considerarse abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado que se aparten de los supuestos legales ex art. 1129 CC o de los criterios jurisprudenciales elaborados en torno al art. 1124 CC. Añadimos que la PMCC apuesta por positivizar el núcleo de dichos criterios en su art. 1199, al disponer que «*cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse esencial*», pero también prevé el art. 1200. II PMCC una novedosa figura en sede de resolución por incumplimiento, cual es la posibilidad de resolver cuando exista un *riesgo patente* de incumplimiento esencial, pretendiendo así introducir en nuestro ordenamiento el *anticipatory breach* del *Common Law* (presente en la *lex mercatoria* internacional, al respecto *vid.* AZEREDO DA SILVEIRA, M., «Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *NJCL*, 2/2005, pp. 1-51; SAIDOV, D., «Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles», en *Unif. L. Rev.*, vol. 11, 4/2006, pp. 795-822), denominado entre nosotros como «incumplimiento previsible o anticipado», que, como explica GARCÍA PÉREZ, R. M. («Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho Privado Europeo», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. [dir.], *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, p. 363) permite al acreedor instar ciertos remedios cuando con anterioridad a la fecha de cumplimiento concurren circunstancias que impiden o pueden impedir alcanzar, llegado el vencimiento, el propósito perseguido con el establecimiento de la relación obligatoria. En el caso del art. 1200. II PMCC, se posibilita resolver, no por existir un incumplimiento esencial (regla del art. 1199 PMCC y de la jurisprudencia que interpreta el actual art. 1124 CC), sino por su previsible existencia futura y la falta de prestación de garantía adecuada por parte del deudor en el plazo razonable que el acreedor le haya fijado al efecto, fijación de plazo que, según reza el pfo. III de aquel precepto, es innecesaria si el deudor declara que no cumplirá sus obligaciones.

<sup>539</sup> Valoración que se haría atendiendo al incumplimiento producido. Con otro enfoque, MORALES MORENO, A. M., «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, vol. II, pp. 1957-1993, entiende lícito el vencimiento anticipado si es altamente probable que el deudor, tras incumplir algunos plazos, continúe incumpliendo los futuros, al menos en un número que constituya incumplimiento esencial; postura que si ya de por sí es discutible (siquiera por peligrosa la deducción a futuro), se basa en que la figura del «incumplimiento previsible» –*vid.* nota previa– forma ya parte de nuestro Derecho, lo cual sostiene MORALES a la vista de su admisión por ciertas sentencias del TS y estar recogida por la CISG (art. 73.2) para la venta con entregas sucesivas.

acontecido fuese mínimo<sup>540</sup>, atendiendo al tiempo y cuantía globales de la operación.

Así, si nos centramos en las obligaciones económicas –las no pecuniarias son por naturaleza accesorias en el préstamo dinerario– estipuladas a cargo del prestatario, solo respecto de las que revistieran carácter nuclear (del que carecería, por ejemplo, el pago de comisiones, intereses moratorios o primas de seguros vinculados al préstamo concertado) cabría plantearse la determinación de la importancia en su incumplimiento a los efectos comentados. *Siendo la obligación esencial del prestatario la devolución del préstamo, a efectuar mediante el pago de los términos amortizativos* –que comprenden cuotas de amortización y de intereses remuneratorios– *estipulados*<sup>541</sup>, dicha determinación habría de hacerse atendiendo a cuántos resultan impagados o a cuánto ascienden estos en el total del sistema de amortización previsto; empero, prescindió de tales consideraciones el Tribunal Supremo cuando en su sentencia de 16.12.2009 rechazó la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola cuota<sup>542</sup>, y lo cierto es que los prestamistas venían fijándose en el art. 693.2 LEC (en su redacción previa a la Ley 1/2013) para introducir, como válidas –interpretando a su favor un virtual cauce procesal como si de una norma sustantiva se tratara–, cláusulas de ese tenor, en tanto que les permitía acudir a la vía ejecutiva hipotecaria para reclamar la totalidad de capital e intereses de pactarse el vencimiento total ante la falta de pago «de alguno de los plazos» y constar inscrito tal convenio en el Registro.

Empero cabe sostener la corrección de nuestro planteamiento a la vista de la jurisprudencia europea. Al respecto, el Tribunal de Justicia proporcionó en la Sentencia *Aziz* –aptdo. 73– criterios para decidir sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado «en contratos proyectados en un largo lapso de tiempo por incumplimientos del deudor en un período muy limitado

<sup>540</sup> A favor, TORRES, *op. cit.*, p. 250 con cita a ARIJA SOUTULLO; en contra, autores *ib. citados*.

<sup>541</sup> Como vimos *supra* (epígrafes 4.4.2. A y B), términos amortizativos son cada uno de los pagos periódicos que realiza el prestatario para ir cancelando la deuda con sus intereses *si se hubieran pactado*, pues en el préstamo el precio tiene por naturaleza carácter accesorio, salvo que se pacte el pago de intereses como forma de remuneración, en cuyo caso un elemento no esencial del tipo de contrato en abstracto (el precio en el préstamo) puede pasar a formar parte del objeto principal del concreto contrato.

<sup>542</sup> Con el mero argumento de que no conculcaba la doctrina jurisprudencial sobre la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos «*cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*» (STS 16.12.2009, FJ 10.º); esto es, basándose solo en que la obligación incumplida era esencial, no en la esencialidad del incumplimiento como verdadera dejación de dicha obligación, argumento débil y contradictorio con la propia doctrina citada. Para una crítica al respecto, *vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, *op. cit.* 2010, pp. 27-29; DELGADO RAMOS, J., «La reforma del artículo 693 LEC por la Ley 1/2013», en *www.notariosyregistradores.com*, enero 2014, documento online, pp. 7-8.

y concreto» –segunda cuestión prejudicial, en contexto de préstamo hipotecario a consumidores–, debiendo a tal efecto comprobarse, por un lado, si la estipulada facultad de anticipar el vencimiento: i) depende de que se incumpla una obligación esencial en el marco de la relación contractual; ii) se prevé para cuando el incumplimiento sea suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo; iii) constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; por otro lado, si hay en el Derecho nacional medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo. Estos criterios fueron reiterados en Auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia* –apdo. 71– en conexión con el art. 3.1 de la Directiva 93/13 y letra *e*) del pto. 1 de su Anexo (cuyos trasuntos nacionales son los arts. 82.1 y 85.6 TRLCU); y en la Sentencia *Banco Primus*, apdo. 66.

Aplicando tales criterios, resulta que para la validez de la estipulada facultad de vencimiento anticipado de deudas a plazos, y concretamente del préstamo hipotecario, no bastaría con el mero impago de cuotas periódicas, pues aunque satisfacerlas es obligación esencial del prestatario, dicha facultad *desplaza la normativa ordinaria aplicable a las obligaciones a plazo* (arts. 1125 y 1129 CC)<sup>543</sup>; además, *la posibilidad de dejar sin efecto el vencimiento anticipado queda a voluntad del acreedor* salvo en caso de hipoteca que grave la vivienda habitual –familiar en terminología previa a la Ley 1/2013– del deudor del préstamo (art. 693.3, pfos. I y II, LEC)<sup>544</sup>, y aun en tal supuesto la opción de rehabilitarlo (vedada en su libre ejercicio al consumidor que no resida de forma corriente en su vivienda hipotecada) es tan solo teórica si no se habilitan medios financieros a favor de los deudores<sup>545</sup>. Estos factores revelan el carácter potencialmente abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, siendo

---

<sup>543</sup> Para tales obligaciones la regla es que solo podrán exigirse cuando llegue el día señalado para su cumplimiento (art. 1125. I CC), salvo que el deudor pierda el derecho a utilizar el plazo por supuestos de falta de garantía (excepciones a dicha regla contempladas en art. 1129 CC, entre las que no se encuentra el incumplimiento del deudor), que, como advirtió la *supra* citada STS 27.3.1999, no acontecen en los préstamos garantizados con hipoteca. Por tanto, aunque sea usual la inserción por las entidades crediticias de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de sus cuotas, la facultad de adelantar por ello el vencimiento es excepcional respecto a las normas aplicables en la materia.

<sup>544</sup> La Abogada General КОКОТТ, *op. cit.*, 2012, pto. 78, puso de manifiesto, en orden a considerar qué posibilidades deja al consumidor el Derecho nacional para poner remedio a los efectos de un vencimiento total, la posibilidad que brinda el art. 693.3 LEC de rehabilitar el préstamo; mas no pareció caer en la cuenta de que ello solo cabe con carácter general si el acreedor lo consiente, como resulta de comparar los párrafos I y II de dicha norma, pues este último establece que «Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, *aun sin el consentimiento del acreedor*, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior» (cursivas nuestras). De hecho, esta circunstancia fue sometida posteriormente a consideración del TJ: *vid.* apdo. 20.3) Auto *Banco Grupo Cajatres*.

<sup>545</sup> De «ficción» habla al respecto BALLUGERA, «Los cambios tras la sentencia...», *op. cit.*, 2013.

pues necesario extremar la cautela en su enjuiciamiento, debiendo revisarse especialmente la esencialidad del incumplimiento en cuanto a la propia obligación incumplida, así como su gravedad respecto a la duración y cuantía del préstamo<sup>546</sup>.

Por tanto, la reclamación de todo el débito que se tiene por vencido anticipadamente vía cláusula predispuesta e impuesta al prestatario consumidor, no debería prosperar cuando se articulara en base a su desatención de un deber accesorio (en el grado que sea) o del principal cuyo desfase fuese nimio en relación con la cuantía del préstamo, tiempo de aplazamiento y número total de cuotas en que se fraccionase la amortización, porque el pacto en que se basara tal reclamación –que no se posibilita *ope legis*– sería entonces abusivo y por ende nulo.

Lo dicho no significa que se deba sufrir estoicamente el incumplimiento, pues aunque este no tuviese virtualidad para el precipitar el vencimiento y reclamación de toda la deuda, puede el prestamista reclamar lo parcialmente impagado –concretos plazos vencidos ordinariamente y no abonados– vía proceso declarativo, ejecutivo ordinario (bastaría que así se consignara en el título ejecutivo) e incluso repitiendo contra el bien hipotecado, opción esta última que, con subsistencia de la hipoteca en garantía de los restantes plazos no vencidos, reconocen la LH (art. 146, para intereses) y la LEC (art. 693.1, para capital e intereses). Podría alegarse entonces que el hecho de que no quepa articular la cláusula de vencimiento anticipado, en tanto que su ejercicio resulte abusivo, no elimina la posibilidad de perder el bien sobre el que recae la garantía real en una eventual ejecución parcial de la hipoteca, pero ese riesgo es más teórico que real, pues aun teniendo tal opción de reclamación limitada, en la práctica cotidiana no la toman las entidades crediticias por coste de oportunidad.

---

<sup>546</sup> Que son los criterios específicos proporcionados por el TJ para este tipo de cláusulas, a los que habría que añadir los generales apuntados por su jurisprudencia –*vid. supra* epígrafe 2.3.2–, y en consecuencia debería atenderse a cualesquiera otros factores relevantes para examinar el *comportamiento del consumidor* durante el desarrollo del contrato en orden a comprobar la gravedad de su incumplimiento, pero sin perder de vista el contraste con la actuación del prestamista. En este sentido, se ha apuntado que la conducta de la entidad crediticia, ejerciendo presión e intimidación sobre el prestatario al incluir cláusulas de vencimiento por impago de cualquier cuota, podría considerarse un práctica abusiva incardinable en el art. 82.1 TRLCU (BALLUGERA, *op. ult. cit.*), y también que dichas cláusulas son susceptibles de provocar en el consumidor un indeseable efecto disuasorio por transmitir la impresión de privación o restricción de sus legítimos derechos (ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Cláusulas hipotecarias abusivas», en SPCS, Documento de trabajo n.º 8/2010, pp. 11-12).

A.II) Ejecución hipotecaria e intereses futuros: cuestiones de abusividad en la reclamación asociada al vencimiento por impago de cuotas del préstamo

Es de lamentar que la actuación legislativa adoptada precisamente a raíz de la Sentencia *Aziz* dejara bastante que desear en el campo que comentamos. Con la Ley 1/2013 (art. 7.13) se retocó la norma procesal en que venían amparándose no pocos abusos en sede de ejecución hipotecaria: el art. 693 LEC; de manera que donde antes no se exigía un número de plazos impagados para reclamar la deuda, parcial o totalmente (aptdos. 1 y 2, respectivamente), tras la reforma se requieren tres –mensuales o cuotas equivalentes– *sin hacer referencia alguna en la ejecución por vencimiento anticipado a cuantía o duración totales*. Sobre la posibilidad de rehabilitación (aptdo. 3), se reduce de cinco a tres años el tiempo de espera para liberar nuevamente el bien, pero *sigue sin reconocerse su libre ejercicio fuera del caso de vivienda habitual*, luego no pocos consumidores –lo son quienes adquieren una vivienda para sí, con independencia de la habitualidad en su residencia– siguen careciendo de un remedio eficaz para hacer frente al vencimiento anticipado, en tanto que el mecanismo establecido de cara a escapar de las consecuencias de su *estipulación (sin la que no cabe, como tampoco antes de la Ley 1/2013, ejecutar vía art. 693.2 LEC*<sup>547</sup>) depende del consentimiento del acreedor ejecutante.

Dado que el tenor del reformado art. 693.2 LEC permite la reclamación asociada al pacto de vencimiento anticipado atendiendo solo al número de términos impagados por el deudor, la omisión en tal precepto (continuada con la ulterior reforma del citado art. 693 operada por art. 28 Ley 19/2015, de 13 de julio) del criterio jurisprudencial europeo referente a la gravedad del incumplimiento que precipita el vencimiento –factor específico de duración y cuantía del préstamo– o de cualquier otro significativo –factor general de las circunstancias concurrentes– podría contravenir el art. 7.1 Directiva 93/13<sup>548</sup> en la medida en que dificultara la posibilidad de que el consumidor opusiera algunos de los factores

---

<sup>547</sup> A diferencia de la ejecución limitada por los concretos plazos vencidos ordinariamente ex art. 693.1 LEC –que tras la reforma acoge el criterio del original art. 127 LH: la posibilidad *ope legis* de su reclamación–, la ejecución por vencimiento anticipado requiere pacto expreso, tanto antes como después de la Ley 1/2013 (al respecto, *vid.* DELGADO RAMOS, *op. cit.*, pp. 3 y 5), lo que se confirma con la ulterior reforma del art. 693 LEC operada por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE n.º 167, de 14.7.2015), que añadió al aptdo. 2 de dicho precepto la mención final de que tal convenio constase también «en el asiento respectivo».

<sup>548</sup> Habida cuenta de la naturaleza e importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su art. 7.1, en relación con su vigesimocuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese

establecidos por el Tribunal de Justicia como determinantes del desequilibrio generado por la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe.

Al respecto, *si se entendiera que el límite mínimo* de tres mensualidades impagadas o equivalente en cuotas, introducido como condición para reclamar en sede de ejecución hipotecaria la totalidad de la deuda vencida anticipadamente por convenio, *es la frontera que sin más parámetros separa licitud e inequidad de la cláusula de vencimiento anticipado, bastaría con que la estipulación previera ese límite*<sup>549</sup> *o que al mismo acomodara su actuación procesal el prestamista* –aunque lo estipulado no respetase tal límite– *para vedar la consideración de abusividad de este tipo de cláusulas en dicha sede.*

Con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas al respecto por Juzgados españoles<sup>550</sup>, el Tribunal de Justicia, en el contexto de reclamación anticipada de la totalidad de un préstamo hipotecario por la entidad crediticia que, aun teniendo pactado el adelanto de su vencimiento por impago de una parte cualquiera del capital o de sus intereses, no efectuara esa estipulada facultad sino que –para salvar el eventual reproche de abusividad– se limitara a dejar pasar el tiempo necesario para proceder vía art. 693.2 LEC; señaló que a fin de garantizar el efecto disuasorio del art. 7 Directiva 93/13, las prerrogativas del juez que constata la existencia de abusividad no pueden quedar supeditadas a que el contenido abusivo llegue a traducirse en la práctica, luego la falta de aplicación de lo así estipulado, observando de facto el profesional lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, no exime al juez de deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión (Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 50 y 54; Sentencia *Radlinger y Radlingerová*, aptdo. 101; Sentencia *Banco Primus*, aptdos. 73 y 74).

---

el uso de cláusulas abusivas en los contratos B2C (Sentencia *Banco Español de Crédito*, aptdo. 68; Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, aptdo. 78; Sentencia *Unicaja Banco y Caixabank*, aptdo. 30).

<sup>549</sup> Esto plantearía a su vez la cuestión de si en tal caso estaríamos antes una cláusula «declarativa». Como tuvimos ocasión de analizar anteriormente, la Directiva 93/13 en principio excluye de su ámbito de aplicación las cláusulas que reproduzcan el contenido de normas imperativas –art. 1.2–, pero lo hace por presunción de que el Derecho nacional no contiene disposiciones abusivas, de ahí que excepcionalmente podría controlarse su abusividad (para más detalles *vid. supra* epígrafe 2.4.1. A). Con todo, el art. 693 LEC no sería una norma imperativa en sus propios términos que impidiera dicho control, sino que a lo sumo tendría un contenido imperativo solo respecto del límite mínimo que establece (en cuanto prohíbe la correspondiente ejecución hipotecaria hasta que no se haya producido el impago de al menos tres mensualidades), pero sin imponer la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado ni impedir que se condicione este a un número superior de cuotas impagadas; reflexión que hizo el AJPII n.º 1 Miranda del Ebro 17.2.2014, aptdo. 20, para señalar que el art. 1.2 Directiva 93/13 no debería constituir un obstáculo para la admisibilidad de la cuestión prejudicial que sobre esa cláusula planteó al Tribunal de Justicia, y de hecho no fue óbice para que este la resolviera por Auto *Banco Grupo Cajatres*, resolución a la que nos referiremos a continuación.

<sup>550</sup> AJPI n.º 2 Santander 19.11.2013, AJPII n.º 1 Miranda del Ebro 17.2.2014 y AJPI n.º 5 Alcobendas 24.4.2014.

Por otro lado, preguntado el Tribunal de Justicia por la conformidad a la Directiva 93/13 de una valoración de abusividad ceñida a comprobar la prevista falta de pago de tres mensualidades, tal como pareciera abocar el art. 693.2 LEC, declaró que los arts. 3.1 y 4.1 de dicha Directiva no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un préstamo hipotecario B2C (Auto *Ibercaja Banco*, aptdo. 42, primer inciso). Y es que el mero hecho de que una cláusula de vencimiento anticipado se ajuste o no a los criterios establecidos para la aplicación del art. 693.2 LEC no permite por sí solo concluir su carácter abusivo, pues tal apreciación deberá hacerse –conforme ordena el art. 4.1 Directiva 93/13 y su trasunto *ex* art. 82.3 TRLCU– teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, todas las circunstancias concurrentes y las demás cláusulas de dicho contrato (Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aptdos. 51 y 52, y Auto *Banco Grupo Cajatres*, aptdos. 29 y 30).

Esto último implicaría que aunque se pactara el vencimiento del préstamo por impago de tres de sus plazos mensuales o equivalente en cuotas, sería insuficiente para eludir el examen de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues la jurisprudencia europea obliga a atender al caso<sup>551</sup>: a si el período impagado supone una parte significativa del total en duración o cuantía –Sentencia *Aziz* y Auto *Banco Popular Español* y *Banco de Valencia*–, y a cualquier otro elemento contextualizador –art. 4.1 Directiva 93/13, Autos *Bilbao Vizcaya Argentaria* y *Banco Grupo Cajatres*–, como por ejemplo si el bien hipotecado es vivienda del ejecutado, especialmente de ser la habitual que se adquirió con el préstamo hipotecario vencido por adelantado, habida cuenta de que en tal caso sería indudable la ilicitud del pacto que se suele anudar al de vencimiento, cual es el de *abonar intereses moratorios por las cuotas vencidas por anticipado*, pues el art. 114. III LH –en su redacción dada por art. 3.2 Ley 1/2013– impide tal devengo al establecer que los intereses moratorios de préstamos para adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma «solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago», lo cual ha de interpretarse en el sentido de que el interés moratorio puede aplicarse al principal que resultó impagado y propició el vencimiento anticipado, pero no sobre la totalidad de principal que así se obtenga<sup>552</sup>.

Y es que la nulidad del pacto de *intereses futuros* arrastraría consigo al de vencimiento anticipado si estuvieran en la misma cláusula (dada la prohibición

---

<sup>551</sup> En este sentido, BALLUGERA, *op. ult. cit.*; DELGADO RAMOS, *op. cit.*, p. 8.

<sup>552</sup> AAP Álava 13.3.2014, FJ 4.º

de integración) o al menos, si se estipularan por separado, sería un factor valorativo del carácter abusivo del pacto de vencimiento, pues como recuerda la jurisprudencia europea, en su apreciación se ha de atender a las demás cláusulas del contrato. Téngase presente que la predispuesta facultad de devengar el interés moratorio pactado sin necesidad de esperar a que venzan los plazos en que se fracciona la amortización del préstamo, podría ser nula no solo por contravenir una norma imperativa –caso de vivienda habitual antes expuesto– sino también por ir preñada de abusividad en tanto que se estaría abonando una demora inexistente, pues no cumple tardíamente quien tiene que pagar la totalidad de una deuda que, de no haberse producido el vencimiento anticipado, ni siquiera sería exigible, por corresponder a mensualidades que aún no se habrían devengado.

En efecto, supondría una ilícita acumulación de sanciones, pues al vencimiento anticipado y correspondiente exigencia del capital pendiente de amortización –sanción que supone la pérdida del plazo– se sumaría la exigencia del interés de demora sobre la parte del capital no vencida, lo que contravendría la legislación protectora de los consumidores, por resultar un desequilibrio importante al imponer al consumidor que no cumple sus obligaciones una sanción desproporcionada, máxime si el vencimiento anticipado tiene lugar en los primeros momentos del contrato<sup>553</sup>.

Ya sea por permitir la reclamación de toda la deuda vencida anticipadamente por impago de plazos que en el global de los previstos en el préstamo sea insignificante en extensión periódica o cuantía, por permitirla con independencia de la fase de ejecución contractual en que acontezca el impago habilitante del vencimiento (inicial o avanzada y si hasta entonces se ha ido pagando regularmente) o de que el bien hipotecado sea la vivienda del consumidor que puede perderla –ante insuficiencia de medios financieros y, además, caso de que aquella no fuere habitual, depender la liberación del acreedor– en la correspondiente ejecución hipotecaria, e incluso por llevar aparejada la estipulada exigencia de intereses moratorios al tipo pactado sobre cuotas futuras –aún no devengadas al tiempo del período impagado *ergo* inexistente retraso en el abono de las mismas–; la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado debiera suponer la improcedencia de la ejecución instada vía art. 693.2 LEC, pues esta requiere pacto (constante en la escritura de constitución y respectivo asiento registral), que no habría al declararse nulo por abusivo.

---

<sup>553</sup> SAP León 15.4.1998, FJ 3.º; STS 2.11.2000, FJ 3.º; UREÑA, *op. cit.*, p. 30; MÚRTULA, *op. cit.*, p. 271.

Empero, la plenaria STS 23.12.2015 sentó una insólita doctrina, seguida por la STS 18.2.2016, que propicia la continuación del proceso de ejecución hipotecaria *a pesar de* dicha apreciación de abusividad. El Alto Tribunal, tras confirmar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado – previsto ante el incumplimiento de un solo plazo– de acuerdo a los criterios interpretativos proporcionados por la jurisprudencia europea<sup>554</sup>, veda sin embargo la lógica consecuencia (sobreseimiento por falta del pacto de vencimiento que permite despachar esta ejecución) al entender factible la prosecución del proceso ejecutivo, y ello en base a la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC, esto es, la norma que exige un *válido* pacto de vencimiento para reclamar la totalidad por vía de ejecución hipotecaria. La argumentación dada en dichas sentencias –la primera en el marco de una acción colectiva, de acción individual la segunda– es claramente insostenible y contraria a la prohibición de integración del clausulado abusivo que, para mayor atentado lógico, exceptiona el Tribunal Supremo so pretexto de beneficiar a los consumidores.

Recordemos que la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia solo admite la integración –por regla general prohibida tras la declaración de abusividad– cuando el contrato no pueda subsistir sin la cláusula reprobada y la consiguiente nulidad total perjudique al consumidor, permitiéndose entonces al juez integrar a condición de que exista una disposición nacional de aplicación supletoria. Estas son las premisas sentadas por la Sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, y ninguna de ellas aquí se cumple<sup>555</sup>, siendo preciso que concurran todas para excepcionar la prohibición de integración.

Irrefutable es que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, tanto es así que el Alto Tribunal ni siquiera trata de argumentar lo contrario, tan solo lo obvia, saltando directamen-

---

<sup>554</sup> STS 23.12.2015, FJ 5.º, f), Decisión de la Sala, pto. 3: «*la cláusula controvertida no supera tales estándares [se refiere a los señalados por la Sentencia Aziz, que cita en el previo pto. 2], pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación... parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*». En los mismos términos, STS 79/2016, de 18.2.2016, FJ 2.º, Decisión de la Sala, pto. 4, citando en pto. 3 los estándares señalados por la Sentencia Aziz.

<sup>555</sup> Así lo entiende también ORDUÑA MORENO, autor del extenso voto particular a la STS 23.12.2015 donde discrepó de la posición mayoritaria de la Sala en este punto, entre otras razones, por la falta de concurrencia de los señalados requisitos. Insistió en ello, propugnando la necesaria revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la continuación del proceso ejecutivo tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, en «Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato», *op. cit.*, 2016, pp. 136-152; doctrina que, lejos de revisarse, se reprodujo en la STS 79/2016, de 18.2.2016, razón por la cual esta última contó con nuevo voto particular de dicho Magistrado, en la misma línea que el formulado respecto a la sentencia anterior.

te al menoscabo que, a su criterio, sufriría el consumidor con la pura erradicación –de cláusula accesoria– y consiguiente cierre de la ejecución instada en base a la estipulación nula por abusiva. Ello podría comportar, según el Tribunal Supremo, dos consecuencias negativas<sup>556</sup>:

i) La restricción del acceso al crédito hipotecario, porque las entidades crediticias no tendrían la seguridad de contar con una vía privilegiada de ejecución para reclamar impagos de sus préstamos. En este primer argumento, postulado en interés general de los consumidores, omite el Tribunal Supremo que aunque no quepa ejecutar la garantía real por vencimiento anticipado (precisa que se pacte válidamente), seguiría siendo factible –aparte de la ejecución ordinaria– la vía ejecutiva hipotecaria para reclamar, sin necesidad de pacto alguno, las cuotas realmente vencidas e impagadas en virtud del art. 693.1 LEC.

ii) La pérdida de las «ventajas» que tiene el deudor en sede de ejecución hipotecaria. Aquí se parte nuevamente de la premisa de que, a falta de pacto de vencimiento anticipado, la única vía de reclamación sería el proceso declarativo, donde el deudor hipotecario carecería de las «ventajas específicas» que el Alto Tribunal identifica con las previsiones de los arts. 693.3, 579.2 y 682.2.1.º LEC.

Este segundo argumento es de una extraordinaria gravedad. Para empezar, la entidad crediticia solo tendría que acudir a la vía declarativa si mantuviese –tras cerrarse la ejecutiva *ex* art. 693.2 LEC– que los impagos del deudor son tributarios de una resolución contractual y, en su virtud, pretendiera seguir reclamando tanto las cuotas impagadas como las restantes que dio por vencidas anticipadamente. Si, en cambio, limitara su reclamación a la parte impagada del préstamo, quedaría amparada ejecutivamente por el art. 693.1 LEC, en cuyo caso el consumidor conservaría las «ventajas» que los arts. 579.2 y 682.2.1.º LEC prevén para toda ejecución hipotecaria (contra vivienda habitual en la primera de las disposiciones citadas), a diferencia de la posibilidad de rehabilitación del art. 693.3 LEC, específica para enervar la ejecución por vencimiento anticipado y, por tanto, intrascendente en la hipótesis planteada.

Difícilmente pueda pensarse que el consumidor preferiría que la ejecución por vencimiento anticipado continuara –a pesar de ser nula la cláusula habilitante– para no perder, en el eventual declarativo, las «ventajas» que allí tenía (realmente específica solo es la del art. 693.3 LEC). El Tribunal Supremo soslaya que esa vía comporta el efecto más adverso posible para el consumi-

---

<sup>556</sup> Respectivamente expuestas en ptos. 5 y 6 de STS 23.12.2015, FJ 5.º, f), Decisión de la Sala; re-  
producidos en ptos. 6 y 7 de la STS 79/2016, de 18.2.2016, FJ 2.º, Decisión de la Sala.

dor, cual es pasar directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas a tal situación jurídica<sup>557</sup>, que mal pudiera compensarse –mucho menos preferirse a la posición y amplia defensa que brinda el declarativo, caso de que se instase– por la posibilidad de rehabilitación, opción cuyo eventual ejercicio, como ya advertimos, queda a voluntad del ejecutante salvo en supuesto de vivienda familiar y, en todo caso, depende de que se habiliten medios económicos al ejecutado para que no resulte una quimera. Mas como tampoco se puede descartar que el consumidor considere que su posición no vaya a mejorar de pasar a la vía declarativa, al menos habría que darle opción de elegir si se acoge o no a las citadas «ventajas» –sería factible atendiendo a la jurisprudencia europea sobre el control de oficio<sup>558</sup>, incluso bastaría con no oponer la abusividad de la cláusula habilitante de la «ventajosa» ejecución–, posibilidad que le niega la doctrina del Tribunal Supremo, que ya ha decidido por aquel.

Con tales mimbres, el mayor salto al vacío que hace dicha doctrina consiste en elevar al art. 693.2 LEC a rango de norma nacional aplicable en defecto de convención sobre el vencimiento anticipado. Parece olvidar el Alto Tribunal que, precisamente, es la normativa ordinaria aplicable a las obligaciones a plazo *ex arts.* 1125 y 1129 CC, la que resulta desplazada por la convenida facultad de dar por vencida toda la deuda, que por regla solo sería exigible al llegar el término señalado para su satisfacción (art. 1125 CC) salvo pérdida del derecho a utilizar el plazo por supuestos de falta de garantía (art. 1129 CC), no por falta de puntual cumplimiento del deudor que, además, ha garantizado su obligación de pago con hipoteca.

A falta de haberse convenido en el préstamo el vencimiento total en caso de falta de pago entraría en juego esa normativa, luego el acreedor solo podría reclamar por vía ejecutiva hipotecaria las cuotas vencidas e impagadas (693.1 LEC), y no las restantes antes de plazo sin una previa declaración judicial de que tales impagos merecen una resolución contractual, pronunciamiento que se le hurta al consumidor con la doctrina del Tribunal Supremo<sup>559</sup> al entender aplicable una norma procesal que, lejos de ordenar nada –principal o supleto-

---

<sup>557</sup> Por ello advierte el voto particular a la STS 23.12.2015 (Primero, pto. 3), que, se mire por donde se mire, la continuación del proceso ejecutivo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria.

<sup>558</sup> Recordemos que según la Sentencia *Pannon GSM*, si el juez aprecia de oficio la abusividad –control *ex officio* imperativo–, debe recabar la opinión del consumidor antes de decretar los efectos de tal apreciación (tratándose de cláusula de vencimiento anticipado habilitante de la ejecución hipotecaria correspondiente, sobreseerse este proceso con pérdida de sus «ventajas»), por si prefiriese que no tuvieran lugar.

<sup>559</sup> Con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, como bien apunta el voto particular a la STS 23.12.2015 (Segundo, pto. 4).

riamente—, se limita a posibilitar esa vía privilegiada con el requisito *sine qua non* de que haya un pacto de vencimiento anticipado válido tanto formal —recogido en escritura de constitución y Registro— como materialmente —contenido lícito—, y esto último es de lo que carece la cláusula declarada abusiva, que no puede, por imperativo legal, vincular al consumidor.

Ese efecto vinculante es, precisamente, lo que, en contra del art. 6.1, en relación con el art. 7.1, ambos de la Directiva 93/13, y jurisprudencia europea que los interpreta, garantiza la citada doctrina del Tribunal Supremo, con la cual no se ven disuadidas las entidades crediticias de seguir usando cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. Es más, para el Abogado General SZPUNAR, el art. 693.2 LEC no se opondría a la Directiva 93/13 en la medida en que «*esa disposición no tenga carácter imperativo ni supletorio*», su aplicación «*dependa únicamente de un acuerdo entre las partes*», y no impida que el juez erradique, de apreciar abusividad, la cláusula de vencimiento anticipado<sup>560</sup>; cláusula que SZPUNAR considera «*accesoria y separable del resto del contrato de préstamo*», para negar que quepa la integración excepcionalmente admitida por el Tribunal de Justicia<sup>561</sup>.

Atendiendo a tales consideraciones, el art. 693.2 LEC quedaría en contravención a la Directiva 93/13 de seguirse la interpretación que del mismo hace el Tribunal Supremo como norma supletoria —luego aplicable sin necesidad del convenio que el propio tenor de la norma requiere— que posibilita la continuación de la ejecución hipotecaria por vencimiento anticipado tras declararse abusiva la cláusula en que se fundó, estipulación accesoria cuyo efecto habilitante de esa ejecución no desaparecería por mor de una integración contractual en este caso inadmisibles.

Es más, después de lo dicho en la Sentencia *Banco Primus*, a saber, que «*la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo de*

---

<sup>560</sup> SZPUNAR, *op. cit.*, 2016, pto. 88.4), señalando en ptos. 78-80 que el art. 693.2 LEC no tiene carácter supletorio (ni imperativo que excluyese la aplicación de la Directiva 93/13, *ex art. 1.2*) pues «*dicho artículo indica que, para producir sus efectos, es necesario un acuerdo explícito entre las partes*», y que «*de su tenor literal parece desprenderse que no es aplicable a falta de tal acuerdo*», acuerdo requerido tanto en la versión anterior a la Ley 1/2013 como en la modificada por tal ley.

<sup>561</sup> SZPUNAR, *op. cit.*, 2016, pto. 86. De ahí que en la «Cuestión previa» del voto particular formulado a la STS 79/2016, de 18.2.2016, ORDUÑA MORENO cite las conclusiones del Abogado General, «*en donde claramente sostiene el sobreseimiento de la ejecución tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado*».

*clarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional»* (aptdo. 75); el propio Tribunal Supremo planteó cuestión prejudicial, por auto de 8.2.2017 –con cita, en FJ 4.º, de la Sentencia *Banco Primus*–, preguntando al Tribunal de Justicia acerca de:

i) La posibilidad de hacer una declaración parcial de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test*). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo –vencimiento por cualquier impago– del elemento válido –previsión de vencimiento anticipado–, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

ii) El alcance de las facultades de un tribunal nacional, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo B2C, de aplicar supletoriamente una norma interna –art. 693.2 LEC– que, aun determinando que continúe la ejecución hipotecaria contra el consumidor, pueda resultarle más favorable que el sobreseimiento de esta ejecución especial que le reconoce «ventajas».

Dicha petición remitida por el Tribunal Supremo se acordó a trámite como Asunto C-70/17, pendiente de resolución cuando se escriben estas líneas. Quedamos pues a la espera, como lo están todos aquellos procesos de ejecución hipotecaria que se hallan suspendidos al efecto, de conocer el criterio del Tribunal de Justicia al respecto.

### A.III) Suscripción de seguros y *cross default*

Atendiendo a la jurisprudencia nacional y europea es inadmisibles exigir el reembolso anticipado del préstamo por incumplimiento de cualquier obligación, pues resulta necesario que el vencimiento se produzca por un incumplimiento grave y concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes. En consecuencia no cabe promover la ejecución hipotecaria con base a tal previsión, máxime cuando la

doctrina registral niega la inscripción conforme a dichos criterios<sup>562</sup>, inscripción en el Registro del pacto de vencimiento anticipado que, como ya hemos visto, se requiere procesalmente a tales efectos.

Con lo dicho se atisba el carácter abusivo de cláusulas que faculten a la entidad crediticia para dar por vencido el préstamo hipotecario por la falta de suscripción de un seguro –ordinariamente de amortización o de daños– impuesta al consumidor como condición necesaria para la concesión de tal préstamo, o por el impago de primas del seguro suscrito –por la misma entidad incluso–, ya que se trataría del incumplimiento de obligaciones (contratación y mantenimiento de seguros vinculados al préstamo) que no revisten carácter esencial en el marco de la relación contractual<sup>563</sup>. Pero también cabría reprochar ese clausulado desde otra perspectiva: si fuese abusiva la obligada contratación de la póliza de seguro, su nulidad arrastraría indefectiblemente consigo a la estipulada facultad de vencimiento anticipado por falta de suscripción o, habiéndose suscrito, por falta de pago de las correspondientes primas; máxime si se tratara de previsiones –contratación/mantenimiento del seguro y *cross default*– contenidas en la misma cláusula, habida cuenta de la prohibición de integrar la nula por abusiva.

Por tanto, analizaremos a tal efecto la posible abusividad de la muy extendida práctica de las entidades crediticias, consistente en la imposición a los consumidores de suscribir pólizas de seguros como requisito *sine qua non* para concederles financiación con garantía hipotecaria, y la relación que guarda con la cláusula *cross default*, según la cual se produce el vencimiento anticipado de la obligación por incumplimiento de otras contraídas con terceros, «vencimiento cruzado» que en el caso que nos ocupa se identificaría con el impago del seguro –contrato externo al préstamo, suscrito con un tercero a este–, que se entendería así incumplimiento de la obligación garantizada susceptible de exigir la anticipación del vencimiento del crédito y consiguiente pago total de la deuda. Así, trataremos en primer lugar la imposición de pólizas, abstracción hecha de la concreta modalidad de seguro, para después entrar en las especialidades que encierran sus variantes en orden a la consideración de abusividad.

---

<sup>562</sup> RDGRN 1.10.2010, FJ 3.º, doctrina que, basándose en la interpretación del art. 12 LH según redacción dada por la ya citada Ley 41/2007, es reiterada en Resoluciones de 4.11.2010, FJ 3.º; 21.12.2010, FJ 3.º; 11.1.2011, FJ 3.º; y 13.9.2013, FJ 3.º Sobre el cambio de postura del Centro Directivo operado con aquella primera resolución, *vid.* ÁLVAREZ OLALLA, M. P., «Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado», en *AC-M*, n.º 1/2011, versión electrónica, BIB 2011\387.

<sup>563</sup> Pone también el acento en su carácter accesorio, *ergo* irrelevante su incumplimiento a efectos de precipitar el vencimiento anticipado, MÚRTULA, *op. cit.*, p. 241.

Si partimos de que el seguro cuya suscripción se impone cubre el riesgo de una eventual pérdida/merma del bien objeto de garantía hipotecaria (seguro de daños), o el riesgo de que el deudor hipotecario fallezca o caiga en situación de invalidez (seguro de amortización del préstamo); el carácter abusivo de dicha imposición –estipulada o práctica– podría venir dado por acontecer una *duplicidad de garantías*, pues cuando el consumidor ya ha otorgado garantía real para asegurar el cumplimiento de la obligación, la suscripción adicional de un seguro protege al prestamista frente a una eventual insatisfacción de la que en puridad ya se encuentra respaldado<sup>564</sup>, pudiendo verse así una impuesta garantía desproporcionada del art. 88.1 TRLCU, o, con abstracción de su posible desproporción, una imposición de servicios accesorios no solicitados *ex art.* 89.4 TRLCU, máxime cuando la aseguradora y la entidad crediticia pertenezcan al mismo grupo empresarial o exista entre ellas un vínculo comercial<sup>565</sup>, subyaciendo entonces una venta cruzada de productos financieros y aseguradores con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario<sup>566</sup>.

En cuanto al seguro de daños sobre el inmueble hipotecado, no existe obligación legal de contratarlo, por lo menos para el prestatario –matiz importante–, pues las entidades crediticias que pretendan titular sus préstamos hipotecarios solo podrán poner en circulación los títulos emitidos para financiarse en el llamado mercado hipotecario si los bienes hipotecados están asegurados contra daños (art. 8 Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario –en adelante, LMH–). Por tanto, aunque *a priori* pudiera pensarse que la razón por la cual imponen a sus clientes la suscripción de tal seguro –o en su defecto, arrogándose la facultad de contratarlo en su nombre– es evitar la pérdida o menoscabo de la garantía real por deterioro del bien objeto de la misma, generalmente se trata de una suscripción instrumental: posibilita titular el préstamo a costa del consumidor prestatario<sup>567</sup>, titularización con la que se consigue rentabilizarlo de forma inmediata. Tal instrumentalización destila afrenta a las exigencias de la buena fe, porque razonablemente no podría estimar la entidad

<sup>564</sup> SÁNCHEZ ARISTI, R., «DA 1.ª IV. 18.ª LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, p. 1116.

<sup>565</sup> SÁNCHEZ ARISTI, *op. cit.*, 1115; MÚRTULA, *op. cit.*, p. 240, y autores citados *ib. n.* 363.

<sup>566</sup> BUSTO LAGO, J. M., «Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, p. 1282, señalando que cuando la aseguradora es elegida por la entidad financiera, se impide al consumidor realizar una comparación de los productos del tipo requerido en el mercado asegurador y, con ello la elección del que resulte ser, por precio o características, más adecuado.

<sup>567</sup> Que, como bien señala BUSTO, *op. ult. cit.*, p. 1287, es completamente ajeno a la emisión de los productos que se ponen en dicho mercado hipotecario, siendo el aseguramiento de los bienes hipotecados obligación exclusiva de las entidades crediticias que emiten los títulos como medio de financiación propia.

crediticia que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría dicha suscripción en el marco de una negociación individual<sup>568</sup>. Por tales razones discrepamos del criterio seguido por la STS 23.12.2015, que en FJ 5.º (h), 4.) descartó la abusividad de la cláusula en virtud de la cual el banco cargaba al prestatario consumidor los gastos derivados de la contratación de un seguro de daños, al considerar que tal previsión «*deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía*».

Téngase además presente que el seguro impuesto no suele cubrir solo daños al inmueble (continente) sino también a su contenido –extensión propia de los seguros multirriesgo de hogar–, que lógicamente queda fuera de la garantía hipotecaria. Este aseguramiento, no solicitado y totalmente accesorio al préstamo, podría encuadrarse en el supuesto del art. 89.4 TRLCU e incluso, de entenderse que la mayor prima que supone acarrea un incremento no justificado del préstamo, en el del art. 89.5 TRLCU<sup>569</sup>, pudiendo también verse como un seguro excesivo o desproporcionado al riesgo que asume la entidad prestamista, encuadrable en el art. 88.1 TRLCU<sup>570</sup>.

Respecto al seguro de amortización, es práctica recurrente que la concesión de préstamos hipotecarios se condicione a que, o bien el prestatario suscriba por sí una póliza de vida que cubra su eventual premoriencia o invalidez a fin de que en tal caso sea la compañía aseguradora quien asuma el pago del capital pendiente de amortizar, o bien la entidad crediticia gestione tal cobertura, siendo habitual la fórmula de seguro colectivo donde se designa a sí misma como beneficiaria, con una compañía a la que está negocial o societariamente vinculada, de suerte que a su interés en la garantía<sup>571</sup> aparece unido con frecuencia el de aumentar el volumen de negocio común de ambas entidades mediante la concertación de seguros y el pago de primas por los prestatarios asegurados<sup>572</sup>.

<sup>568</sup> Seguimos el criterio expresado por el TJ en Sentencia *Aziz*, aptdo. 69, y Auto *Sebestyén*, aptdo. 28.

<sup>569</sup> Así lo entiende MÚRTULA, *op. cit.*, p. 238 con cita (n. 359) a PERTÍÑEZ, *op. cit.*, 2004, pp. 177-178.

<sup>570</sup> BUSTO, *op. ult. cit.*, p. 1287, con referencia al anterior ordinal 18 de la DA 1.ª LCU; MÚRTULA, *op. cit.*, p. 238, lo sitúa en la previsión más general del art. 82.4.d) TRLCU.

<sup>571</sup> La designación de la propia entidad prestamista como beneficiaria del seguro responde a garantizar el riesgo de que el préstamo resulte fallido por muerte o invalidez del prestatario, de ahí que señale la SAP Gerona 9.2.2012, FJ 2.º, que para dicha entidad este seguro tiene una función más parecida a una garantía («cláusula de garantía» lo denomina la STS 19.2.2004, FJ 4.º) o a un seguro de crédito que a un seguro de vida propiamente dicho.

<sup>572</sup> Según la STS 30.11.2001, FJ 2.º, evidencia tal conexión la fórmula escogida, un «seguro colectivo de vida para amortización de préstamos hipotecarios» en que el banco prestamista era no solo tomador sino también *primer beneficiario*. Al respecto téngase presente que existen dos tipos de seguros de amortización: aquellos en que el importe a pagar en caso de siniestro coincide con lo que quede por amortizar, de modo que dicho importe varía conforme se amortiza el préstamo, y aquellos en que permanece inalte-

Con independencia de que el tomador del seguro sea la entidad prestamista o el prestatario, este último viene obligado a pagar las primas –como tomador y asegurado o solo ostentando esta última condición, con mantenimiento del seguro contratado– en beneficio de aquella, pues para ella se genera un crédito con el que liquidar el préstamo cuyo capital restase amortizar al acontecer el siniestro, y ello a pesar de la garantía real que sirve precisamente para responder del crédito principal; se agrega así un elemento adicional de seguridad contrastable con el art. 88.1 TRLCU. Es más, aun cuando se entendiera lícito<sup>573</sup>, podríamos estar ante una práctica abusiva si la entidad crediticia, antes de ejercitar la acción basada en el préstamo, no intentara previamente realizar ese segundo crédito –reclamando al seguro en tanto que beneficiaria del mismo–, habida cuenta de que es difícilmente compaginable con la buena fe que, producida la muerte o invalidez del prestatario asegurado, la misma entidad que en su momento condicionó la concesión del préstamo a tal seguro pueda luego optar libremente por exigir el pago del capital pendiente ya al cónyuge viudo o al propio inválido, ya a la compañía aseguradora, opción tanto menos justificable cuanto mayor fuese la vinculación empresarial entre ambas, al tiempo que práctica explicable por la búsqueda, como interés primordial, de un aumento de volumen de negocio sin atender debidamente al interés jurídicamente protegible de los asegurados<sup>574</sup>.

A todo ello hay que añadir lo frecuente que es la inclusión, con igual ausencia de negociación, de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de prima del correspondiente seguro. Como dijimos al inicio, si fuese nula por abusiva la imposición del seguro, misma suerte correría la estipulada facultad de dar por vencido el préstamo ante la falta de mantenimiento de aquel, con independencia de que dicha facultad pueda resultar de por sí desproporcionada<sup>575</sup>. Y es que téngase presente que, siendo indudable la admisibilidad de un

---

nable, en cuyo caso la aseguradora abonará la suma pendiente de amortizar a la entidad prestamista y el resto a las demás personas que recen como beneficiarias.

<sup>573</sup> Por considerar que la desproporción consistente en agregar ese elemento resulta reequilibrada desde el momento en que también el consumidor tenga un claro interés contractual en la contratación del seguro, hipótesis que apunta SÁNCHEZ ARISTI, *op. cit.*, p. 1118. Ante ello cabría decir que, aun cuando en abstracto pudiera entenderse que el pago de la indemnización por la aseguradora a la entidad crediticia beneficiaria favorece al asegurado (o a su familia) al cancelar su deuda, no ha de perderse de vista que la suscripción del seguro se habría producido aquí sin negociación singular –vedándose pues la libertad de decidir sobre su conveniencia o los términos en que se suscribe– y que, como veremos a continuación, no siempre el inválido o la familia del fallecido quedan a salvo de una reclamación de la entidad prestamista, pues no siempre esta última agota frente a la aseguradora las posibilidades de cobro del capital del seguro, hecho que encontraría su explicación en salir el dinero de la indemnización del mismo grupo empresarial.

<sup>574</sup> STS 30.11.2001, FJ 4.º

<sup>575</sup> Así la califica SÁNCHEZ ARISTI, *op. cit.*, p. 1118, señalando que cuestión distinta es que, con carácter general, el consumidor prestatario se exponga a perder su derecho al plazo, no ya como resultado de dicha cláusula, sino por aplicación de lo dispuesto en el art. 1129 CC.

vencimiento cruzado en la contratación negociada, en un contrato por adhesión no parece leal ni equitativo que, estando la deuda garantizada con hipoteca, se la haga vencer anticipadamente ante el incumplimiento de obligaciones ajenas a ella y a la obligación garantizada, pues ello supone en definitiva dejar la resolución del contrato al arbitrio de una de las partes con claro desequilibrio en perjuicio del consumidor prestatario<sup>576</sup>.

**B) POR NO INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA, ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL BIEN OBJETO DE GARANTÍA Y ALTERACIONES EN EL PATRIMONIO ACREDITADO**

Que la garantía real no llegue a inscribirse en el Registro no veda la posibilidad de reclamar judicialmente el capital prestado; implica que la entidad prestamista se viera eventualmente abocada a recuperarlo por vía distinta a la ejecución hipotecaria. Y si bien es cierto que la hipoteca, como garantía de devolución del préstamo, puede ser condicionante de la concesión de este, no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de su falta de inscripción, lo que impide que se penalice a aquel imponiéndole una cláusula que faculte a dicha entidad para precipitar el vencimiento del préstamo ante la denegación registral por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente, sin tener en cuenta que es carga o diligencia de la prestamista hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo. Se deduce así de tal estipulación que la entidad crediticia no respondería en ningún caso, ni siquiera cuando el error derivara de la actuación de sus agentes, lo cual es desproporcionado y, por ende, abusiva dicha cláusula<sup>577</sup>.

Es más, tampoco podría defenderse, con independencia de dicha cláusula, la procedencia del vencimiento anticipado bajo el entendimiento de que la falta de inscripción no es imputable a ninguna de las partes, esto es, que el prestatario perdería el derecho al plazo por previsión del art. 1129.3.º CC (desaparición de garantía por caso fortuito). En primer lugar, porque la realidad cotidiana pone de manifiesto que, por la cuenta que les tiene, son las entidades crediticias –en puridad su personal– quienes hacen las verificaciones oportunas y controlan todo el proceso de inscripción de la hipoteca, tanto es así que suelen cargar al cliente los gastos de tramitación; luego tal disposición no sería aplicable al supuesto de una reipersecutoriedad frustrada por falta de inscripción que la perju-

<sup>576</sup> BALLUGERA, *op. ult. cit.*; MÚRTULA, *op. cit.*, p. 241.

<sup>577</sup> STS 16.12.2009, FJ 21.º

dicada pudo prever y para resarcir un daño que también pudo evitar<sup>578</sup>. En segundo lugar, porque aun en el hipotético caso de que no se inscribiese la garantía hipotecaria a pesar de la diligencia de la entidad prestamista, ello no ampararía sin más un vencimiento anticipado, pues la citada norma contempla *in fine* la conservación del beneficio al plazo si la garantía fuese sustituida por otra igualmente segura; luego si dicha entidad tuviera por vencido el préstamo sin dar al prestatario consumidor esa oportunidad, estaríamos ante una práctica o estipulación abusiva en tanto que se le impondría de facto una limitación o renuncia de derechos, encuadrable en el art. 86.7 TRLCU.

En cuanto a las cláusulas que facultan a la entidad prestamista para adelantar el vencimiento por infracción de prohibiciones de disponer, también predisuestas e impuestas, de ordinario en la misma cláusula que prevé dicha facultad (la misma suerte corren pues de declararse la nulidad de una u otra previsión); el Tribunal Supremo ha rechazado la validez de las estipulaciones que estableciesen la absoluta prohibición de arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH)<sup>579</sup>, lo que igualmente recuerda el Alto Tribunal para sentar la invalidez de condicionar al hipotecante

---

<sup>578</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit. 2010, p. 33.

<sup>579</sup> STS 16.12.2009, FJ 12.º, señalando que la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca, aparte de la sujeción a lo dispuesto en los arts. 661, 675 y 681 LEC, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca. Dejaba a salvo dicha sentencia la limitación a la facultad de arrendar cuando se circunscribiera a los arrendamientos de vivienda *ex art. 13 Ley 29/1994*, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, porque el primer aptdo. de tal precepto garantizaba al arrendatario el derecho a permanecer en la vivienda durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, con la consecuencia práctica de que, al no operar la purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tenía que soportar el arrendamiento durante un plazo, lo que, a su vez, acarrearía un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, *«resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta»*, minusvaloración del bien susceptible de disminuir la garantía de la hipoteca que para el TS hacía *«razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aqui prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1.ª LGDCU -imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido-»*. Ahora bien, el fundamento de la validez de las cláusulas limitativas del derecho de arrendar circunscritas a tales arrendamientos, cual era el perjuicio para el acreedor hipotecario, ha de ser revisado tras la reforma del citado art. 13.1, operada por Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (en concreto, por art. 1.6), en tanto que con ella desapareció el período de cinco años que antes contemplaba tal precepto, y que impedía la purga durante ese plazo.

con una prohibición de enajenar el bien hipotecado<sup>580</sup>, estimando que ambos casos serían subsumibles en la previsión de abusividad por desproporción *ex art. 88.1 TRLCU*.

Por último, respecto a la facultad de vencimiento anticipado que se estipulase por alteraciones en el patrimonio del prestatario, no cabe su formulación en términos tan amplios que cualquier incidencia negativa, efectiva o eventual, en el patrimonio acreditado pueda servir de excusa a la entidad crediticia para dar por vencido el préstamo. Como ha señalado el Tribunal Supremo, no se trata de excluir que dicha entidad mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que el vencimiento quede su discreción, lo cual acontecería si se previese la opción de precipitarlo, no por resultar insolvente el prestatario, sino v.g. por embargo de sus bienes o disminución de su solvencia, previsión que va más allá de lo reglado en el art. 1129 CC y que supone atribuir a la entidad prestamista una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más si ni siquiera se contempla la salvedad de que el prestatario constituya nuevas garantías<sup>581</sup>.

A la viable subsunción en los supuestos de abusividad *ex arts. 85.4 y 87.3 TRLCU*, en cuanto facultad discrecional de resolución, y art. 86.7 TRLCU, de vedarse la posibilidad de reasegurar la deuda reconocida en el art. 1129 CC; cabría añadir, para el caso de embargo estipulado como habilitante de la facultad de vencimiento anticipado, la existencia de una garantía desproporcionada *ex art. 88.1 TRLCU*, habida cuenta de que la hipoteca ya coloca al acreedor hipotecario al abrigo del eventual perjuicio derivado de anotaciones de embargo posteriores en rango, o de la concurrencia con otros acreedores, por mor de la preferencia de cobro y la subsistencia de las cargas anteriores, en supuesto de ejecución del bien por embargos posteriores a la propia hipoteca<sup>582</sup>.

---

<sup>580</sup> Dice rotundamente la STS 16.12.2009, FJ 13.º, que en nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes, luego «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar». En el caso examinado por dicha sentencia, la cláusula en cuestión rezaba que la parte prestataria podía enajenar la finca hipotecada excepto si la enajenación conlleva la subrogación del préstamo, que debía ser autorizada por el banco; como bien vio el TS, de la lectura de la cláusula «*cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas*», amalgama que crea confusión y riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del consumidor, entendiéndose por ello aplicable la regla *contra proferentem* y los aptdos. 2 y 18 DA 1.ª LCU (actuales arts. 85.4 y 88.1 TRLCU).

<sup>581</sup> Dice la STS 16.12.2009, FJ 11.º, que tal cláusula produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.

<sup>582</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, op. cit. 2010, p. 32.

#### 4.4.5 Cláusula de gastos del préstamo hipotecario

Como adelantamos en las consideraciones generales del epígrafe relativo a los gastos impuestos en contrato de compraventa de vivienda (4.3.5. A), desde la plenaria STS 23.12.2015 los consumidores cuentan con un asidero jurisprudencial para reclamar la devolución de los pagos efectuados en virtud de cláusula impuesta por la entidad prestamista en préstamo hipotecario, suscrito para financiar la adquisición de vivienda, por la cual se atribuye a aquellos los costes derivados de tal suscripción.

Y es que en dicha sentencia (FJ 5.º, aptdo. *h*), el Tribunal Supremo, frente al cuestionamiento de que los supuestos del art. 89.3 TRCLU pudieran aplicarse a otro contrato que no fuese el de compraventa de vivienda, señaló que *«la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición»*, siendo esas previsiones igualmente aplicables a las cláusulas presentes en préstamo hipotecario que financia aquella.

Lógicamente serían las letras *a*) y *c*) del art. 89.3 TRCLU –por escapar las otras dos *ratione materiae*–, esto es, la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario, y la estipulación que le imponga el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; recordando el Alto Tribunal que también se consideran *per se* abusivas las cláusulas que tienen por objeto transmitir al consumidor costes de gestión *ex* art. 89.2 TRLCU, imponerle servicios complementarios o accesorios no solicitados *ex* art. 89.4 TRLCU, y los incrementos de precio por tales servicios *ex* art. 89.5 TRLCU. Sobre estas bases aprecia el Tribunal Supremo abusividad en la cláusula que carga al consumidor, suscriptor del préstamo hipotecario para su vivienda:

i) Con todos los gastos arancelarios –Notaría y Registro–, habida cuenta de que, en la formalización de escrituras notariales y su inscripción, tanto el arancel notarial como el registral atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho, y *«quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)»*; luego la cláusula que imponga abonar todos los gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación –división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía–, así como por la constitución y cancelación de la garantía, *«no solo no*

*permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista».*

ii) Con todos los tributos que gravan el préstamo hipotecario sin hacer distinción alguna, habida cuenta de que, al menos en lo que hace a las normas legales sobre el impuesto de AJD, la entidad prestamista, lejos de quedar al margen del devengo con motivo de la operación mercantil, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula cuestionada, carga indebidamente sobre la otra parte contratante.

Concluye el Alto Tribunal que, ya por contravenir normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, ya por caer en previsiones de la lista negra de cláusulas abusivas, la estipulación que repercute indistintamente al consumidor gastos arancelarios y tributarios –en particular, AJD– de la operación de préstamo hipotecario formalizado en escritura pública, ocasionándole por ende un desequilibrio importante y contrario a la buena fe –pues, siguiendo a la jurisprudencia europea<sup>583</sup>, no la habría aceptado en el marco de una negociación individualizada–, es abusiva y por tanto nula, como ya establecieron las SSTS 1.6.2000 y 25.11.2011 sobre la repercusión de costes arancelarios y tributarios, respectivamente, doctrina que, referente al contrato de compraventa de vivienda, es trasladable al caso en que la cláusula de repercusión está destinada a su inclusión, no en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria que financia esa adquisición.

Se deduce que esta jurisprudencia *ex STS 23.12.2015* no sería invocable tal cual cuando estemos ante puras operaciones de ampliación de préstamo y, según los casos, de subrogación de entidad crediticia, en la medida en que tales operaciones no serían de financiación para compra de vivienda que ya se habría producido.

Aunque dicha jurisprudencia no lo mencione *expressi verbis*, entendemos que, por la referencia hecha a los aptdos. 2, 4 y 5 del art. 89 TRLCU, cabría

---

<sup>583</sup> Sentencia *Aziz*, aptdo. 69, y Auto *Sebestyén*, aptdo. 28; resoluciones que, aun no citadas por la STS 23.12.2005, las tiene esta en cuenta al aplicar el criterio del TJ recogido en ellas.

reclamar la restitución de lo abonado, no solo por la inscripción registral y liquidación tributaria, sino también por su gestión, cuando los servicios de gestoría, y sus costes, se impongan por cláusula que, conforme a esas bases legales, sería nula por abusiva.

Por otra parte, como ya comentamos *supra* (epígrafe 4.4.4. A. III, al cual se remite *in extenso*), discrepamos del criterio seguido en la STS 23.12.2015 sobre los gastos de prima de seguro de daños, que aun constando en la misma cláusula de repercusión de aquellos otros impuestos al consumidor, no aprecia su abusividad el Alto Tribunal, bajo el entendimiento, para nosotros erróneo, de que tal previsión «*deriva de una obligación legal (art. 8 LMH), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía*», porque no tiene en cuenta que:

i) La LMH no obliga a que los bienes hipotecados estén asegurados contra daños, sino que prevé este requisito para la entidad crediticia *que quiera* poner en circulación los títulos emitidos como medio de financiación propia; ergo ese aseguramiento dista de ser imperativo, mucho menos para el prestatario consumidor, ajeno a la emisión que pueda hacer la entidad tras la concertación del préstamo hipotecario.

ii) Es mucho presumir, en consecuencia, que la razón por la cual la entidad le impone la suscripción y pago del seguro de daños, o su repercusión tras arrogarse la facultad de contratarlo a nombre del cliente, sea otra que posibilitar a la entidad titular el préstamo a costa del prestatario, titularización con la que logra rentabilizarlo inmediatamente.

Por último, respecto a la imposición de eventuales gastos de reclamación por impago del prestatario, señala acertadamente el Alto Tribunal que su atribución en todo caso a aquel no solo infringe las normas procesales sobre costas (arts. 32.5, 394, 398, 559.2 y 561.2 LEC), que al ser de orden público ya comportaría sin más la nulidad *ex arts. 86 TRLCU y 8 LCGC*, sino que también «*introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho*».

## CAPÍTULO 5

### CONCLUSIONES

1. El desarrollo vital de la persona va intrínsecamente unido a disponer de una vivienda digna y adecuada. La dificultad de acceder a ella –sea o no a título de dominio– y retener la adquirida tiene, por tanto, una traducción inicua para cualquier sociedad. La nuestra se halla con una manifiestamente mejorable promoción pública de venta o alquiler de viviendas; una falta de exploración de alternativas, ejemplos de las cuales pueden hallarse, entre otros, en el Derecho inglés, tales como los *leaseholds* o la *shared ownership*; y una carencia de valiente impulso legislativo que ampare con decisión a los adquirentes de viviendas en un mercado que, habida cuenta de la ausencia de paridad cimentada en un modo de contratación sin negociación cada día más inevitable, está abonado al abuso.

2. Quienes tuvieron la suerte de acceder a una vivienda ven en no pocas ocasiones peligrar esta por el sobreendeudamiento, la carencia sobrevenida de medios económicos y un ordenamiento jurídico que ha sido, sigue siendo, reiteradamente cuestionado por su inadecuación al Derecho de la Unión, en gran medida en lo que hace a la protección que este pretende dispensar a los consumidores, particularmente frente al clausulado abusivo. Deseable sería pasar de una situación inmovilista en que el legislador solo parece avanzar con reproches del Tribunal de Justicia –mención aparte la ya endémica demora nacional en la transposición de Directivas–, a otra en que se tome la iniciativa con un plan definido que integre decididamente el Derecho español. La cuestión no es baladí, pues creemos que contar en este ámbito con un eficiente sistema frente a cláusulas abusivas puede ayudar a desarrollar la «función social de la vivienda», a la que, por causa de diversos condicionantes técnicos e históricos, la

función social de la propiedad aún no ha sabido subsumir en su dimensión jurídico-constitucional.

3. A tal efecto hemos examinado diversos modelos existentes y propuestos en Europa, siendo conscientes del inmenso esfuerzo que se viene haciendo por modernizar el Derecho de obligaciones y contratos. Entre los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, el ejemplo más claro de ello lo representaba hasta ahora la Ley alemana de modernización del Derecho de obligaciones, aunque recientemente hemos de contar con la Ordenanza francesa de reforma del histórico *Code civil* en materia de obligaciones y contratos. Resulta curioso que estas dos grandes reformas, separadas por una quincena de años, se deban al eje germano-francés, llamado a dirigir el rumbo de la Unión en el incierto futuro abierto tras el huracán provocado por el «*Brexit*».

4. Se constata que las instituciones europeas no siempre han promovido el esfuerzo modernizador del Derecho de obligaciones, salvo en la última fase de realización del DCFR académico, que, después de todo el debate y cantidad de estudios que generó, y sigue generando, no se materializó en otra cosa que una *Propuesta de Reglamento sobre normativa común europea de compraventa*, la cual suscitó tal aluvión de críticas, dirigidas tanto a su sentido político-jurídico como a sus defectos técnicos, que finalmente se retiró por la Comisión a finales de 2014. Empero este instrumento jurídico dedica todo un capítulo a la regulación de condiciones generales y cláusulas abusivas que, por mostrar el estado más avanzado en la materia, ha sido objeto de atención especial en la presente obra. Lamentablemente no parece que esta materia se tome en particular consideración por la actual estrategia legislativa de la Unión, y ello a la vista de las dos Propuestas de Directivas de finales de 2015 –una para el comercio *online* y a distancia de bienes, otra para el de contenidos digitales– en que desdobra ahora sus contenidos el Marco Común de Referencia, abandonándose así, en la apuesta por el «Mercado Único Digital», su visión de caja de herramientas para la mejora, actualización y sistematización del Derecho contractual.

5. Debe considerarse, y así lo hemos hecho, no solo el esfuerzo reformista de carácter supranacional, donde destacan PECL y PICC, y por supuesto el mencionado DCFR; sino también de ámbito doméstico, donde hay dos iniciativas de actualización y mejora del Derecho de obligaciones y contratos, ambas de la Comisión General de Codificación, Sección Civil, la *Propuesta de Modernización del Código Civil*, y Sección Mercantil, la *Propuesta de nuevo Código Mercantil*. Destacamos la aportación de modernas soluciones en materia de obligaciones y contratos de la propuesta actualizadora del Código Civil, al tiempo que lamentamos que nuestro país siga apostando por potenciar el anacronismo de la contratación por ramas, desviándose así del modelo de

Derecho contractual unificado, para el que no tiene sentido la división entre lo civil y lo mercantil, y al cual se tiende claramente tanto a nivel institucional como académico europeo.

6. En el presente estudio, tras un exhaustivo análisis de los diferentes niveles normativos, ante la inevitable cuestión sobre cómo puede/debe integrarse el Derecho español sobre cláusulas abusivas, se llega a la conclusión de que esta integración: i) debe realizarse con un especial cuidado en relación con la adquisición de vivienda, pues lo que está en juego no es un mero bien de consumo sino un elemento articulador del desarrollo vital de los ciudadanos; ii) podría lograrse vía método científico no acotado al formalismo, con una valoración de las reglas normativas y modélicas según su eficacia práctica al respecto, conservando aquellas que realmente sirvan al resultado perseguido y retirando las que se prueben infructíferas o contraproducentes a tal fin, sin temor a sustituir las descartadas por otras tomadas o inspiradas en el extenso acervo legal y académico europeo, donde cabe hallar soluciones que, o bien se han mostrado más tuitivas en la práctica, o con potencialidad de serlo ajustándolas a nuestro ordenamiento.

7. Desde esta perspectiva realista integrativa cabe plantearse *la conveniencia de*:

i) Implementar *eficientemente* elementos de factura jurisprudencial que va aportando el Tribunal de Justicia al interpretar la Directiva 93/13, cuyos ejemplos más destacados en los últimos tiempos son los relativos al control *ex officio* y la prohibición de la integración contractual que atente contra la nulidad tuitiva del consumidor, «*nullità di protezione*» en base a la cual se positiviza con éxito en el *Codice del Consumo* italiano la apreciación de oficio del carácter abusivo. Se trata de mecanismos correctores tanto de los desincentivos que pesan sobre los consumidores para acudir a los tribunales, como de los incentivos que tienen los empresarios para usar cláusulas abusivas.

ii) Trascender los límites a la consideración de abusividad presentes en la Directiva 93/13 –inexistentes originariamente, en su introducción pesó la doctrina germana y el *lobby* empresarial–, lo cual permite esta misma en aras de dotar de mayor protección al consumidor. Aquí tales límites fueron acogidos, normativa o jurisprudencialmente (art. 4.2 Directiva), siendo anatema su cuestionamiento; a diferencia de otros ordenamientos donde, ya fuera de inicio, como el francés, ya de forma sobrevenida, como el británico, se percibe un esfuerzo legislativo por controlar el clausulado abusivo, no limitado al dogma de la falta de negociación singular y preocupado por contener con rigor el de la transparencia. Dejando a un lado cuestiones dogmático-técnicas que no hacen otra cosa que camuflar o evitar la solución de los problemas reales, podría

el legislador español fijarse en las novedades introducidas por la *Ordonnance* de 10.2.2016, que refuerzan el sistema tuitivo francés, y en la británica *Consumer Rights Act 2015*, que revisa no solo la «*core terms exception*» con matices acerca de la transparencia, sino también la propia noción de abusividad, que ya no tiene como presupuesto necesario la ausencia de negociación singular. No pretendemos decir que deban controlarse las cláusulas que sean *verdaderamente* negociadas, sino que en la contratación no paritaria ni siquiera suelen serlo las que tengan que ver con el (real) precio y que esto dista de solucionarse fiándolo todo a un idílico deber de transparencia.

iii) Prestar atención a los estudios que desde los años setenta vienen haciéndose en el campo de la *economía de la información* y la *ciencia del comportamiento*, reveladores de que la transparencia es una premisa nuclear aunque insuficiente para generar una decisión de contratar verdaderamente informada, pues existe una limitada racionalidad de los consumidores que les lleva a prestar menos atención de la debida. Los profesionales que cuentan con ello explotan esas anomalías del comportamiento ofreciendo contenidos de baja calidad para maximizar beneficios, con lo cual obtienen una ventaja competitiva sobre aquellos que, por los sesgos del consumidor, tienen muy difícil transmitir que sus contratos son transparentes y por tanto de mejor calidad, de ahí que no les quede otro remedio que ajustar sus términos en consecuencia. Al final lo que empieza siendo una ventaja competitiva muta en una necesidad para evitar la expulsión del Mercado.

iv) Considerar que, ante la necesidad de alcanzar un mínimo de calidad donde los términos contractuales se uniformizan e imponen sin distinción del producto de que se trate, incluida la vivienda y su financiación, los pocos oasis se encuentran en los listados de cláusulas abusivas, por cuanto regulan –en negativo– el contenido de los contratos de adhesión celebrados con consumidores. Fuera de su seguridad, la travesía se torna ardua, pues frente a la problemática combinación de asimetría informativa y limitada racionalidad de los adquirentes que incentiva a opacar y reducir la calidad del clausulado en competencia, el comportamiento de los oferentes a controlar entra en el terreno de la abstracción, en la cláusula general de abusividad que, necesariamente, ha de ser aplicada con los criterios interpretativos generales que, como demuestra el análisis realizado (Capítulo 2), ha ido proporcionando al respecto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

v) Tomar en cuenta que cuando los jueces se alejan de la zona de confort que brindan, con sus virtudes y defectos, las previsiones específicas del listado –aquí negro, en otros lugares gris o combinado– de contraste directo de abusividad, la cuestión es contingente y se centra habitualmente en el conocimiento

sobre los contratos que llegan a ser litigiosos y que reciban tacha judicial: aquellos que eluden una u otra situación no sirven para hallar un patrón de comportamiento en el uso de ciertas cláusulas, luego las no revisadas/reprobadas que beneficien al oferente le darán una ventaja sobre la competencia que, tomando de ello nota, adaptará sus contratos en consecuencia. Vemos pues esencial la identificación de las cláusulas potencialmente abusivas, buscando no solo su encaje en el listado de las proscritas, sino también la argumentación técnica que facilite el contraste con la previsión general de abusividad, máxime cuando lo que está en juego es la vivienda de las personas. Convencidos estamos, tras la investigación efectuada (Capítulo 4), de que esta tarea que compete a toda la comunidad jurídica debe acometerse con los criterios específicos suministrados por el Tribunal de Justicia para el examen judicial del carácter abusivo de cláusulas concretas, así como también que dicha tarea debe complementarse por el legislador atendiendo al tratamiento del clausulado específico realizado por el moderno Derecho contractual europeo.

8. Como marco de apoyo al sistema de control del clausulado abusivo en el campo de la vivienda y su financiación, desde la referida perspectiva cabe cuestionar críticamente:

i) La carencia de competencias originales del orden jurisdiccional español para conocer directamente de posibles vulneraciones de derechos humanos *ex* CEDH, al no haber aquí una norma que, al modo de la *Human Rights Act 1998* británica, otorgue una eficacia tuitiva inmediata que salve la necesidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en busca de amparo frente a medidas de injerencia habitacional que se revelen injustas y no respetuosas con los intereses protegidos, i.a., por el art. 8 CEDH y el art. 1 Protocolo Adicional.

ii) La falta de un motivo de revisión de sentencia nacional firme por contravención del Derecho de la Unión, constatada por el Tribunal de Justicia, similar al aquí previsto como consecuencia de sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *ex* art. 510.2 LEC, o la posibilidad revisoria por violación del principio de primacía de tal Derecho que contempla, v.gr., la *Legge contenciosului administrativ* rumana; para no llegar al extremo de desarrollar una jurisprudencia como la de «*giudicato a formazione progressiva*» vista en Italia.

iii) La ausencia de un concepto legal de «error judicial», el cual, ajustándose a los requisitos de responsabilidad estatal fijados por el Tribunal de Justicia para apreciarla por infracción de Derecho de la Unión –internamente solo previstos en art. 32.5 LRJSP para el Estado Legislador–, permitiera supe-

rar los restrictivos criterios interpretativos de la noción jurisprudencial aplicada por el Tribunal Supremo, donde no parece encajar el *desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia europea*, como puede ser la relativa a la obligación de remisión prejudicial *ex art. 267.III TFUE*, inobservancia por órgano jurisdiccional de última instancia que caracteriza suficientemente una contravención de norma europea por este cometida, tributaria de reparación al perjudicado en virtud de responsabilidad del Estado Juez infractor.

9. Téngase presente, en relación a lo último apuntado, que cuando incumple un órgano jurisdiccional supremo el deber de remisión prejudicial, además de privar al Tribunal de Justicia de su cometido de garantizar «el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados» *ex art. 19.1.I TUE*, *podría estar atentando contra la integración misma del Derecho de la Unión*, al vedar un mecanismo del que se dota a tal efecto el propio ordenamiento jurídico europeo vía monopolio interpretativo por parte del Tribunal de Justicia. De cara a minorar ese inicuo riesgo, debiera asegurarse a nivel interno el respeto de la obligación remisoría, para lo cual podría servir el viabilizar un recurso de amparo constitucional contra su incumplimiento, entendiéndose la omisión –que fuera inexcusable conforme a la jurisprudencia del TJ sobre el art. 267.III TFUE– de plantear cuestión prejudicial interpretativa del Derecho europeo como una privación del Juez natural, que sería el Tribunal de Justicia en el sentido del art. 24 CE, «*gesetzlicher Richter*» que es en el sentido del art. 101.1 GG según la jurisprudencia constitucional alemana.

10. Toda propuesta revisionista debiese partir de una crítica analítica que no soslaye que el objeto del conocimiento jurídico es complejo, luego el método para abordarlo no ha de quedar reducido al positivismo formalista que lo segmenta y separa de las relaciones sociales. Que la sociología jurídica carezca de particular predicamento acaso responde a traer consigo consideraciones que desnudan la pureza –abstracta– del *Ius*, pero éste, elegante en tanto que ausente de aquellas, precisa más que nunca de incómodo realismo ante una inicua concepción tecnocrática alejada, por acción u omisión, de los fenómenos sociales objeto de regulación. Postulamos dejar atrás la inusitada integración del Derecho español a la que venimos asistiendo –forzada, tardía e ineficiente–, para avanzar hacia otra cuyo eje vertebrador sea realmente el contexto social que debiera nutrir al concreto contenido legal, y cuyo material fueran las reglas normativas y modélicas que, desde el Derecho europeo y comparado, hemos expuesto por contraste a las que, rigiendo aquí, no se han mostrado tuitivamente eficaces para frenar el abuso que sufren los consumidores en la contratación masiva, especialmente en la adquisición de vivienda.

## TABLA DE RESOLUCIONES CITADAS

### Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<b>Resolución, secc. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y núm. de demanda</b>
STEDH, Sala, 24.11.1986	TEDH 1986, 15	<i>Gillow c. Reino Unido. 9063/80</i>
STEDH, Sala, 25.9.1996	TEDH 1996, 42	<i>Buckley c. Reino Unido. 20348/92</i>
STEDH, Sala, 24.4.1998	CE:ECHR:1998:0224JUD002143993	<i>Botta c. Italia, 21439/93</i>
Decisión, 2ª, 28.10.1999	CE:ECHR:1999:1028DEC004077298	<i>Pančenko c. Letonia. 40772/98</i>
Decisión, 1ª, 9.7.2002	CE:ECHR:2002:0709DEC004219798	<i>Salvetii c. Italia. 42197/98</i>
STEDH, 1ª, 18.12.2003	CE:ECHR:2003:1218JUD006300000	<i>Skondrianos c. Grecia. 63000/00, 74291/01 y 74292/01</i>
STEDH, 1ª, 27.5.2004	CE:ECHR:2004:0527JUD006674601	<i>Connors c. Reino Unido. 66746/01</i>
STEDH, 1ª, 18.11.2004	TEDH 2004, 92	<i>Prokopovich c. Rusia. 58255/00</i>
STEDH, 3ª, 13.10.2005	TEDH 2005, 107	<i>Clinique des Acacias et al. c. Francia. 65399/01, 65406/01, 65405/01 y 65407/01</i>
STEDH, 1ª, 16.2.2006	CE:ECHR:2006:0216JUD004462498	<i>Prikyan y Angelova c. Bulgaria. 44624/98</i>
STEDH, 3ª, 2.11.2006	TEDH 2006, 64	<i>Giacomelli c. Italia. 59909/00</i>
STEDH, 4ª, 9.10.2007	CE:ECHR:2007:1009JUD000720502	<i>Stanková c. Eslovaquia. 7205/02</i>
STEDH, 3ª, 6.12.2007	TEDH 2007, 88	<i>Maumousseau y Washington contra Francia. 39388/05</i>
STEDH, 4ª, 13.5.2008	TEDH 2008, 30	<i>McCann c. Reino Unido. 19009/04</i>
STEDH, 1ª, 15.1.2009	CE:ECHR:2009:0115JUD002826106	<i>Čosić c. Croacia. 28261/06</i>
STEDH, 1ª, 22.10.2009	CE:ECHR:2009:1022JUD000357206	<i>Paulić c. Croacia, 3572/06</i>
STEDH, 1ª, 21.6.2011	CE:ECHR:2011:0621JUD004883307	<i>Orlić c. Croacia. 48833/07</i>
STEDH, 4ª, 8.11.2011	TEDH 2011, 95	<i>V.C. c. Eslovaquia. 18968/07</i>
STEDH, 4ª, 14.2.2012	CE:ECHR:2012:0214JUD003196507	<i>Hardy y Maile c. Reino Unido. 31965/07</i>
STEDH, 5ª, 25.7.2013	CE:ECHR:2013:0725JUD002718304	<i>Rousk c. Suecia. 27183/04</i>
STEDH, 1ª, 10.7.2014	TEDH 2014, 53	<i>Lemo et al. c. Croacia. 3925/10, 3955/10, 3974/10, 4009/10, 4054/10, 4128/10, 4132/10 y 4133/10</i>

## Comité Europeo de Derechos Sociales

Fecha de Decisión	Asunto y núm. de reclamación
16.5.2003	<i>FIDH c. Francia. 14/2003</i>
16.6.2003	<i>ERRC c. Grecia. 15/2003</i>
10.10.2005	<i>ERRC c. Bulgaria. 31/2005</i>
12.6.2006	<i>International Movement ATD Fourth World c. Francia. 33/2006</i>

## Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de las Comunidades Europeas hasta 1.12.2009)

Resolución, Sala y fecha	Ref. Aranzadi/ECLI	Asunto y Partes
STJ 15.7.1964	EU:C:1964:66	<i>6/64. Flaminio Costa c. ENEL</i>
STJ 16.12.1976	EU:C:1976:188	<i>33/76. Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral c. Landwirtschaftskammer für das Saarland</i>
STJ 9.3.1978	EU:C:1978:49	<i>106/77. Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal</i>
STJ 27.3.1980	EU:C:1980:100	<i>61/79. Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denavit Italiana Srl</i>
STJ 6.10.1982	EU:C:1982:335	<i>283/81. Srl CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero della sanità</i>
STJ, 5ª, 18.1.1984	EU:C:1984:11	<i>327/82. Ekro BV Vee- en Vleeshandel c. Produktschap voor Vee en Vlees</i>
STJ 10.4.1984	EU:C:1984:153	<i>14/83. Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen</i>
STJ 2.2.1988	TJCE 1988, 81	<i>309/85. Bruno Barra et al. c. Estado belga et al.</i>
STJ 2.2.1988	EU:C:1988:43	<i>24/86. Vincent Blaizot c. Universidad de Lieja et al.</i>
STJ, 5ª, 24.9.1988	EU:C:1998:431	<i>C-35/97. Comisión de las Comunidades Europeas c. República Francesa</i>
STJ, 6ª, 13.11.1990	TJCE 1991, 78	<i>C-106/89. Marleasing, S.A. c. Comercial Internacional de Alimentación, S.A.</i>
STJ, 2ª, 24.1.1991	TJCE 1991, 120	<i>C-339/89. Alsthom Atlantique, S.A. c. Compagnie de construcción mécanique Sulzer, S.A.</i>
STJ, 3ª, 10.7.1991	EU:C:1991:303	<i>C-90/90 y C-91/90. Jean Neu et al. c. Secrétaire d'Etat à l'Agriculture et à la Viticulture</i>
STJ, Pleno, 19.11.1991	TJCE 1991, 296	<i>C-6/90 y C-9/90. Andrea Francovich, Danila Bonifaci y otros c. República Italiana</i>
STJ 16.7.1992	EU:C:1992:326	<i>C-163/90. Administration des douanes y droits indirects c. Léopold Legros et al.</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, 5ª, 16.12.1993	TJCE 1993, 206	<i>C-334/92. Wagner Miret c. Fondo de Garantía Salarial</i>
STJ, Pleno, 14.7.1994	TJCE 1994, 125	<i>C-91/92. Paola Faccini Dori c. Recreb Srl.</i>
STJ, Pleno, 28.9.1994	TJCE 1994, 167	<i>C-57/93. Anna Adriaantje Vroege c. NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV et al.</i>
STJ, 6ª, 23.3.1995	EU:C:1995:76	<i>C-365/93. Comisión de las Comunidades Europeas c. República Helénica</i>
STJ, 6ª, 11.8.1995	EU:C:1995:261	<i>C-367/93, C-368/93, C-369/93, C-370/93, C-371/93, C-372/93, C-373/93, C-374/93, C-375/93, C-376/93 y C-377/93. F.G. Roders BV et al. c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen</i>
STJ, Gran Sala, 14.12.1995	EU:C:1995:437	<i>C-312/93. Peterbroeck, Van Campenhout &amp; Cie SCS c. Estado Belga</i>
STJ, Pleno, 5.3.1996	TJCE 1996, 37	<i>C-46/93 y C-48/93. Brasserie du pêcheur SA c. República Federal de Alemania, Factortame Ltd y otros c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte</i>
STJ, Pleno, 26.3.1996	TJCE 1996, 56	<i>C-392/93. The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.</i>
STJ, Pleno, 23.5.1996	TJCE 1996, 90	<i>C-5/94. The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas</i>
STJ, Pleno, 8.10.1996	TJCE 1996, 178	<i>C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94. Erich Dillenkofer et al. c. República Federal de Alemania</i>
STJ, 5ª, 10.7.1997	TJCE 1997, 149	<i>C-261/95. Rosalba Palmisani c. Istituto Nazionale della Previdenza Sociale</i>
STJ, 5ª, 2.4.1998	TJCE 1998, 59	<i>C-127/95. Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food</i>
STJ, 1ª, 30.4.1998	EU:C:1998:189	<i>C-215/97. Barbara Bellone c. Yokohama SpA</i>
STJ, 5ª, 16.7.1998	TJCE 1998, 174	<i>C-210/96. Gut Springenheide Gmb y Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung</i>
STJ, 5ª, 28.1.1999	TJCE 1999, 16	<i>C-303/97. Verbraucherschutzverein eV c. Sektellerei G. C. Kessler GmbH und Co.</i>
STJ, 5ª, 25.2.1999	EU:C:1999:98	<i>C-131/97. Annalisa Carbonari et al. c. Università degli studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica y Ministero del Tesoro</i>
STJ 4.5.1999	EU:C:1999:228	<i>C-262/96. Sema Sürül c. Bundesanstalt für Arbeit</i>
STJ, Pleno, 1.6.1999	TJCE 1999, 111	<i>C-302/97. Klaus Konle c. República de Austria</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, Pleno, 1.7.1999	TJCE 1999, 110	<i>C-126/97. Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV</i>
STJ, 6ª, 5.10.1999	TJCE 1999, 223	<i>C-240/97. Reino de España c. Comisión de las Comunidades Europeas</i>
STJ, 5ª, 13.1.2000	TJCE 2000, 4	<i>C-220/98. Estée Lauder Cosmetics GmbH &amp; Co. OHG c. Lancaster Group GmbH</i>
STJ 23.5.2000	EU:C:2000:276	<i>C-104/98. Johann Buchner et al. c. Sozialversicherungsanstalt der Bauern</i>
STJ, Pleno, 27.6.2000	TJCE 2000, 144	<i>C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98. Océano Grupo Editorial, S.A. c. Rocío Murciano Quintero; Salvat Editores, S.A. c. José M. Sánchez Alcón Prades et al.</i>
STJ, Pleno, 4.7.2000	TJCE 2000, 150	<i>C-424/97. Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein</i>
STJ, Pleno, 19.9.2000	TJCE 2000, 201	<i>C-287/98. Gran Ducado de Luxemburgo c. Berthe, Aloyse e Yvonne Linster</i>
STJ, 6ª, 3.10.2000	TJCE 2000, 230	<i>C-9/99. Échirrolles Distribution, S.A. c. Association du Dauphiné et al.</i>
STJ, 6ª, 12.10.2000	TJCE 2000, 244	<i>C-372/98. J.H. Cooke &amp; Sons c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food</i>
STJ, 5ª, 10.5.2001	TJCE 2001, 131	<i>C-144/99. Comisión c. Países Bajos</i>
STJ, 1ª, 28.6.2001	TJCE 2001, 182	<i>C-118/00. Gervais Larsy c. INASTI</i>
STJ, Pleno, 20.9.2001	TJCE 2001, 235	<i>C-184/99. Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale de Ottignies-Louvain-la-Neuve</i>
STJ, 5ª, 24.1.2002	TJCE 2002, 25	<i>C-372/99. Comisión de las Comunidades Europeas c. República Italiana</i>
STJ, 5ª, 7.5.2002	TJCE 2002, 151	<i>C-478/99. Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de Suecia</i>
STJ, 5ª, 21.11.2002	TJCE 2002, 345	<i>C-473/00. Cofidis, S.A. c. Jean-Louis Fredout</i>
STJ, Pleno, 8.4.2003	TJCE 2003, 99	<i>C-44/01. Pippig Augenoptik GmbH and Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH</i>
STJ, Pleno, 9.9.2003	TJCE 2003, 246	<i>C-236/01. Monsanto Agricoltura Italia SpA et al. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri et al.</i>
STJ, Pleno, 30.9.2003	TJCE 2003, 292	<i>C-224/01. Gerhard Köbler c. República de Austria</i>
STJ, 6ª, 11.12.2003	TJCE 2003, 409	<i>C-127/00. Hässle AB c. Ratiopharm GmbH</i>
STJ, Pleno, 13.1.2004	TJCE 2004, 10	<i>C-453/00. Kühne &amp; Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, 5ª, 1.4.2004	TJCE 2004, 96	<i>C-237/02, Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft &amp; Co. KG c. Ludger y Ulrike Hofstetter</i>
STJ, 1ª, 9.9.2004	TJCE 2004, 227	<i>C-70/03. Comisión de las Comunidades Europeas c. Reino de España</i>
STJ, Gran Sala, 5.10.2004	EU:C:2004:584	<i>C-397/01 a C-403/01. Bernhard Pfeiffer et al. c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV</i>
STJ, Gran Sala, 15.3.2005	TJCE 2005, 70	<i>C-209/03. Dany Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skills</i>
STJ, 1ª, 15.9.2005	TJCE 2005, 270	<i>C-495/03. Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën</i>
STJ, Gran Sala, 10.1.2006	TJCE 2006, 3	<i>C-402/03. Skov Æg c. Bilka Lavprisvarehus A/S; Bilka Lavprisvarehus A/S c. Jette Mikkelsen y Michael Due Nielsen</i>
STJ, 3ª, 9.3.2006	TJCE 2006, 66	<i>C-499/04. Hans Werhof c. Freeway Traffic Systems GmbH &amp; Co. KG</i>
STJ, 1ª, 16.3.2006	TJCE 2006, 80	<i>C-234/04. Rosmarie Kapferer c. Schlank &amp; Schick GmbH</i>
STJ, 1ª, 30.3.2006	EU:C:2006:214	<i>C-184/04. Uudenkaupungin kaupunki</i>
STJ, 1ª, 27.4.2006	TJCE 2006, 119	<i>C-423/04. Sarah Margaret Richards c. Secretary of State for Work and Pensions</i>
STJ, Gran Sala, 13.6.2006	TJCE 2006, 163	<i>C-173/03. Traghetti del Mediterraneo SpA c. República Italiana</i>
STJ, Gran Sala, 4.7.2006	EU:C:2006:443	<i>C-212/04. Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos</i>
STJ, Gran Sala, 19.9.2006	EU:C:2006:586	<i>C-392/04 y C-422/04. i-21 Germany GmbH y Arcor AG &amp; Co. KG c. KGBundesrepublik Deutschland</i>
APTJ 21.9.2006	EU:C:2006:602	<i>C-283/06 y C-312/06. KÖGÁZ rt et al. c. Zala Megyei Közigazgatási Hivatal Vezetője y Vas Megyei Közigazgatási Hivatal</i>
STJ, Gran Sala, 3.10.2006	TJCE 2006, 284	<i>C-452/04. Fidium Finanz AG c. Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht</i>
STJ, 1ª, 5.10.2006	EU:C:2006:652	<i>C-290/05 y C-333/05. Ákos Nádasdi et al. c. Vám- és Pénzügyőrség Észak-Alföldi Regionális Parancsnoksága</i>
STJ, 1ª, 26.10.2006	TJCE 2006, 299	<i>C-168/05. Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium, S.L.</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, 1ª, 18.1.2007	TJCE 2007, 13	<i>C-313/05. Maciej Brzezinski c. Dyrektor Izby Celnej w Warszawie</i>
STJ, Gran Sala, 6.3.2007	EU:C:2007:132	<i>C-292/04. Wienand Meilicke et al. c. Finanzamt-Bonn-Innenstadt</i>
STJ, Gran Sala, 13.3.2007	TJCE 2007, 58	<i>C-432/05. Unibet Ltd c. Justitiekanslern</i>
STJ, Gran Sala, 17.4.2007	TJCE 2007, 87	<i>C-470/03. A.G.M.-COS.MET Srl c. Suomen valtio y Tarmo Lehtinen</i>
STJ, Gran Sala, 12.2.2008	TJCE 2008, 42	<i>C-2/06. Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas</i>
STJ, 3ª, 13.3.2008	EU:C:2008:165	<i>C-383/06 a C-385/06. Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening et al., c. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid et al.</i>
APTJ 3.7.2008	EU:C:2008:385	<i>C-201/08. Plantanol GmbH &amp; Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt</i>
STJ, Gran Sala, 24.3.2009	TJCE 2009, 63	<i>C-445/06. Danske Slagterier c. República Federal de Alemania</i>
STJ, 4ª, 4.6.2009	TJCE 2009, 155	<i>C-243/08. Pannon GSM c. Erzsébet Sustikné</i>
STJ, 2ª, 3.9.2009	TJCE 2009, 243	<i>C-2/08. Amministrazione dell'Economia e delle Finanze c. Fallimento Olimpiclub Srl</i>
STJ, 3ª, 3.9.2009	TJCE 2009, 249	<i>C-482/07. AHP Manufacturing BV c. Bureau voor de Industriële Eigendom</i>
STJ, 1ª, 6.10.2009	TJCE 2009, 309	<i>C-40/08. Asturcom Telecomunicaciones, S.L. c. Cristina Rodríguez Nogueira</i>
STJ, 3ª, 19.11.2009	TJCE 2009, 355	<i>C-314/08. Krzysztof Filipiak c. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu</i>
STJ, Gran Sala, 2.12.2009	TJCE 2009, 367	<i>C-89/08 P. Comisión Europea c. Irlanda et al.</i>
STJ, Gran Sala, 26.1.2010	TJCE 2010, 21	<i>C-118/08. Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL c. Administración del Estado</i>
STJ, 4ª, 15.4.2010	EU:C:2010:193	<i>C-542/08. Friedrich G. Barth c. Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung</i>
STJ, 1ª, 3.6.2010	TJCE 2010, 162	<i>C-484/08. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)</i>
STJ, 1ª, 3.6.2010	TJCE 2010, 164	<i>C-2/09. Regionalna Mitniceska Direktsia – Plovdiv c. Petar Dimitrov Kalinchev</i>
STJ, Gran Sala, 21.9.2010	EU:C:2010:541	<i>C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P. Suecia et al. c. Association de la presse internationale ASBL y Comisión Europea</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, Gran Sala, 9.11.2010	TJCE 2010, 335	<i>C-137/08. VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider</i>
ATJ, 8ª, 16.11.2010	EU:C:2010:685	<i>C-76/10. Pohotovost' s.r.o. c. Iveta Korčkovská</i>
STJ, 2ª, 25.11.2010	EU:C:2010:717	<i>C-429/09. Günter Fuß c. Stadt Halle</i>
STJ, 1ª, 16.12.2010	TJCE 2010, 396	<i>C-137/09. Marc Michel Josemans c. alcalde de Maastricht</i>
STJ, 2ª, 28.7.2011	TJCE 2011, 238	<i>C-69/10. Brahim Samba Diouf c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration</i>
STJ, 2ª, 8.12.2011	TJCE 2011, 394	<i>C-125/10. Merck Sharp &amp; Dohme Corp. c. Deutsches Patent-und Markenamt</i>
STJ, Gran Sala, 24.1.2012	EU:C:2012:33	<i>C-282/10. Maribel Domínguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique</i>
STJ, Gran Sala, 14.2.2012	TJCE 2012, 22	<i>C-204/09. Flachglas Torgau GmbH c. Bundesrepublik Deutschland</i>
STJ, 1ª, 15.3.2012	TJCE 2012, 55	<i>C-453/10. Jana Pereničová y Vladislav Perenič c. SOS financ, spol. s.r.o.</i>
STJ, 1ª, 26.4.2012	TJCE 2012, 98	<i>C-472/10. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt</i>
STJ, 1ª, 14.6.2012	TJCE 2012, 143	<i>C-618/10. Banco Español de Crédito, S.A. c. Joaquín Calderón Camino</i>
STJ, 2ª, 19.7.2012	TJCE 2012, 220	<i>C-263/11. Ainārs Rēdlihs c. Valsts ieņēmumu dienests</i>
STJ, 2ª, 4.10.2012	EU:C:2012:608	<i>C-249/11. Hristo Byankov c. Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti</i>
APTJ 5.10.2012	EU:C:2012:623	<i>C-394/12. Shamso Abdullahi c. Bundesasylamt</i>
STJ, Gran Sala, 6.11.2012	TJCE 2012, 321	<i>C-199/11. Europese Gemeenschap c. Otis NV et al.</i>
STJ, 1ª, 21.2.2013	TJCE 2013, 46	<i>C-472/11. Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai y Viktória Csipai</i>
STJ, 1ª, 14.3.2013	TJCE 2013, 89	<i>C-415/11. Mohamed Aziz c. Catalunyaçaixa</i>
STJ, 1ª, 21.3.2013	TJCE 2013, 93	<i>C-92/11. RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV</i>
STJ, 1ª, 30.5.2013	TJCE 2013, 145	<i>C-488/11. Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito c. Jahani BV</i>
STJ, 1ª, 30.5.2013	TJCE 2013, 194	<i>C-397/11. Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.</i>
STJ, 4ª, 18.7.2013	TJCE 2013, 239	<i>C-136/12. Consiglio nazionale dei geologi c. Autorità garante della concorrenza e del mercato y viceversa</i>
STJ, 4ª, 26.9.2013	TJCE 2013, 321	<i>C-418/11. Texdata Software GmbH c. Gobierno Austriaco et al.</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, 1ª, 3.10.2013	TJCE 2013, 309	<i>C32/12. Soledad Duarte Hueros c. Autociba, S.A. y Automóviles Citroën España, S.A.</i>
ATJ, 1ª, 14.11.2013	EU:C:2013:759	<i>C-537/12 y C-116/13. Banco Popular Español, S.A. c. Mª Teodolinda Rivas Quichimbo et al.; Banco de Valencia, S.A. c. Joaquín Valldeperas Tortosa et al.</i>
STJ, 3ª, 5.12.2013	TJCE 2013, 405	<i>C-413/12. Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano España, S.L.</i>
STJ, Gran Sala, 19.12.2013	TJCE 2013, 392	<i>C-279/12. Fish Legal y Emily Shirley c. Information Commissioner et al.</i>
STJ, Gran Sala, 15.1.2014	EU:C:2014:2	<i>C-176/12. Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT et al.</i>
STJ, 1ª, 16.1.2014	TJCE 2014, 7	<i>C-226/12. Constructora Principado, S.A. c. José Ignacio Menéndez Álvarez</i>
STJ, 4ª, 27.1.2014	EU:C:2014:110	<i>C-351/12. OSA – Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. c. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.</i>
STJ, 4ª, 27.3.2014	TJCE 2014, 126	<i>C-565/12. LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan</i>
ATJ, 1ª, 3.4.2014	EU:C:2014:1857	<i>C-342/13. Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári et al.</i>
STJ, 4ª, 30.4.2014	TJCE 2014, 105	<i>C-26/13. Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt</i>
STJ, 6ª, 30.4.2014	TJCE 2014, 165	<i>C-280/13. Barclays Bank, S.A. c. Sara Sánchez García y Alejandro Chacón Barrera</i>
APTJ 5.6.2014	EU:C:2014:1388	<i>C-169/14. Juan Carlos Sánchez Morcillo y Mª Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>
STJ, 2ª, 19.6.2014	TJCE 2014, 223	<i>C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12. Thomas Specht et al. c. Land Berlin; Rena Schmeel y Ralf Schuster c. República Federal de Alemania</i>
STJ, 2ª, 10.7.2014	TJCE 2014, 250	<i>C-213/13. Impresa Pizzarotti &amp; C. SpA c. Comune di Bari et al.</i>
STJ, 2ª, 10.7.2014	TJCE 2014, 244	<i>C-244/13. Ewaen Fred Ogieriakhi c. Minister for Justice and Equality, Irlanda, el Attorney General y An Post</i>
STJ, 1ª, 17.7.2014	TJCE 2014, 106	<i>C-169/14. Juan Carlos Sánchez Morcillo y Mª Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>
STJ, 3ª, 10.9.2014	TJCE 2014, 105	<i>C-34/13. Monika Kušionová c. SMART Capital a.s.</i>

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Asunto y Partes</b>
STJ, 1ª, 21.1.2015	TJCE 2015, 4	<i>C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13. Unicaja Banco, S.A. c. José Hidalgo Rueda et al.; Caixabank, S.A., c. Manuel Mª Rueda Ledesma et al.</i>
STJ, 9ª, 26.2.2015	TJCE 2015, 93	<i>C-143/13. Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank România SA</i>
APTJ 18.3.2015	EU:C:2015:198	<i>C-75/14. Banco de Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria, S.A. c. Francisco Javier Rodríguez Barbero y María Ángeles Barbero Gutiérrez</i>
STJ, 1ª, 16.4.2015	EU:C:2015:225	<i>C-388/13. Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. UPC Magyarország Kft.</i>
APTJ 16.4.2015	EU:C:2015:281	<i>C-548/13. Caixabank, S.A. c. Francisco Javier Brenes Jiménez y Andrea Jiménez Jiménez</i>
STJ, 3ª, 23.4.2015	TJCE 2015, 179	<i>C-96/14. Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA</i>
APTJ, 6ª, 11.6.2015	TJCE 2015, 224	<i>C-602/13. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. c. Fernando Quintano Ujeta y María Isabel Sánchez García</i>
ATJ, 6ª, 8.7.2015	EU:C:2015:465	<i>C-90/14. Banco Grupo Cajatres, S.A. c. María Mercedes Manjón Pinilla y Comunidad hereditaria formada al fallecimiento de D.M.A. Viana Gordejuela</i>
STJ, 6ª, 9.7.2015	EU:C:2015:447	<i>C-348/14. María Bucura c. SC Bancpost SA</i>
ATJ, 1ª, 16.7.2015	EU:C:2015:508	<i>C-539/14. Juan Carlos Sánchez Morcillo y Mª Carmen Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.</i>
STJ, 4ª, 3.9.2015	TJCE 2015, 330	<i>C-110/14. Ovidiu Costea Horace c. SC Volksbank Rumanía SA</i>
STJ, 2ª, 9.9.2015	TJCE 2015, 368	<i>C-160/14. João Filipe Ferreira da Silva e Brito et al. c. Estado portugués</i>
STJ, 2ª, 9.9.2015	TJCE 2015, 368	<i>C-160/14. João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros c. Estado Portugués</i>
STJ, 3ª, 1.10.2015	EU:C:2015:637	<i>C-32/14. ERSTE Bank HungaryZrt. c. Attila Sugár</i>
STJ, Gran Sala, 6.10.2015	TJCE 2015, 381	<i>C-69/14. Dragoș Constantin Târșia c. Estado Rumano</i>
STJ, 1ª, 29.10.2015	TJCE 2015, 453	<i>C-8/14. BBVA, S.A. c. Pedro Peñalva López et al.</i>
STJ, 1ª, 18.2.2016	EU:C:2016:98	<i>C-49/14. Finanmadrid E.F.C., S.A. c. Jesús Vicente Albán Zambrano et al.</i>
ATJ, 10ª, 17.3.2016	EU:C:2016:195	<i>C-613/15. Ibercaja Banco, S.A.U. c. José Cortés González</i>

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Resolución, Sala y fecha	Ref. Aranzadi/ECLI	Asunto y Partes
STJ, Gran Sala, 5.4.2016	TJCE 2016, 125	<i>C-689/13. Puligienica Facility Esco SpA (PFE) c. Airgest SpA</i>
STJ, 1ª, 14.4.2016	EU:C:2016:252	<i>C-381/14 y C-385/14. Jorge Sales Sinués c. Caixabank, S.A.; Youssouf Drame Ba c. Catalunya Caixa, S.A.</i>
STJ, Gran Sala, 19.4.2016	TJCE 2016, 141	<i>C-441/14. Dansk Industri (DI) c. Sucesores de Karsten Ejgil Rasmussen</i>
STJ, 3ª, 21.4.2016	TJCE 2016, 95	<i>C-377/14. Ernst Georg Radlinger y Helena Radlingerová c. Finway a.s.</i>
STJ, 1ª, 28.7.2016	EU:C:2016:602	<i>C-168/15. Milena Tomášová c. Ministertstvo spravodlivosti SR y Pohotovost' s. r. o.</i>
STJ, Gran Sala, 25.11.2016	EU:C:2016:874	<i>C-268/15. Fernand Ullens de Schooten c. Estado Belga</i>
STJ, Gran Sala, 21.12.2016	EU:C:2016:980	<i>C-154/15, C-307/15 y C-308/15. Francisco Gutiérrez Naranjo et al. c. Cajasur Banco et al.</i>
APTJ 23.1.2017	EU:C:2017:68	<i>C-349/15. Banco Popular Español, S.A. c. Elena Lucaci y Cristian Laurentiu Lucaci</i>
APTJ 23.1.2017	EU:C:2017:69	<i>C-381/15. Javier Ángel Rodríguez Sánchez c. Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria</i>
APTJ 24.1.2017	EU:C:2017:90	<i>C-431/15. Liberbank, S.A. c. Rafael Piris del Campo</i>
STJ, 1ª, 26.1.2017	EU:C:2017:60	<i>C-421/14. Banco Primus, S.A. c. Jesús Gutiérrez García</i>
APTJ 9.2.2017	EU:C:2017:142	<i>C-525/15. Laboral Kutxa c. Esmeralda Martínez Quesada</i>
APTJ 15.2.2017	EU:C:2017:167	<i>C-1/16. Abanca Corporación Bancaria, S.A. c. María Isabel Vázquez Rosende</i>
STJ, 2ª, 20.9.2017	EU:C:2017:703	<i>C-186/16. Ruxandra Paula Andriuciu et al. c. Banca Românească SA</i>

REINO UNIDO

Corte y fecha	Ref.	Caso
<i>Court of Appeal (Civil Division), 12.11.1987</i>	[1987] EWCA Civ 6, [1989] QB 433	<i>Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd</i>
<i>House of Lords, 25.10.2001</i>	[2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481	<i>Director General of Fair Trading v. First National Bank</i>
<i>High Court (Technology &amp; Construction Court), 26.1.2007</i>	[2007] EWHC 70 (TCC)	<i>Shepherd Homes Ltd v. Encia Remediation Ltd</i>
<i>Supreme Court, 25.11.2009</i>	[2009] UKSC 6, [2010] 1 AC 696	<i>Office of Fair Trading v. Abbey National plc</i>

ESPAÑA

**Tribunal Constitucional**

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STC 41/81, Pleno, 18.12.1981	RTC 1981, 41	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 124/84, 2ª, 18.12.1984	RTC 1984, 124	Antonio Truyol Serra
STC 8/91, 1ª, 17.1.1991	RTC 1991, 8	Francisco Tomás y Valiente
STC 111/92, 1ª, 14.9.1992	RTC 1992, 111	Carlos de la Vega Benayas
STC 160/93, 2ª, 17.5.1993	RTC 1993, 160	Luis López Guerra
STC 217/93, 2ª, 30.6.1993	RTC 1993, 217	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 120/94, 1ª, 25.4.1994	RTC 1994, 120	Rafael de Mendizábal Allende
STC 133/95, 2ª, 25.9.1995	RTC 1995, 133	Rafael de Mendizábal Allende
STC 158/97, Pleno, 2.10.1997	RTC 1997, 158	José Gabaldón López
STC 25/99, 2ª, 8.3.1999	RTC 1999, 25	Tomás S. Vives Antón
STC 165/99, 2ª, 27.9.1999	RTC 1999, 165	Vicente Conde Martín de Hijas
STC 129/03, 2ª, 30.6.2003	RTC 2003, 129	Pablo Manuel Cachón Villar
DTC 1/04, Pleno, 13.12.2004	RTC 2004, 256	Vicente Conde Martín de Hijas
STC 265/05, 1ª, 24.10.2005	RTC 2005, 265	Francisco Javier Delgado Barrio
STC 334/06, 2ª, 20.11.2006	RTC 2006, 334	Pascual Sala Sánchez
STC 87/08, 1ª, 21.7.2008	RTC 2008, 87	María Emilia Casas Baamonde
ATC 113/11, Pleno, 19.7.2011	RTC 2011, 113 AUTO	
STC 37/12, Pleno, 19.3.2012	RTC 2012, 37	Manuel Aragón Reyes
ATC 113/14, Pleno, 8.4.2014	ES:TC:2014:113A	
ATC 206/14, Pleno, 22.7.2014	ES:TC:2014:206A	
STC 93/15, Pleno, 14.5.2015	RTC 2015, 93	Juan José González Rivas
STC 13/17, 2ª, 30.1.2017	RTC 2017, 13	Ricardo Enríquez Sancho
STC 26/17, Pleno, 16.2.2017	RTC 2017, 26	Adela Asua Batarrita
STC 37/17, Pleno, 1.3.2017	RTC 2017, 37	Antonio Narváez Rodríguez
STC 59/17, Pleno, 11.5.2017	RTC 2017, 59	Andrés Ollero Tassara

## Tribunal Supremo

Resolución, Sala y fecha	Ref. Aranzadi/ECLI	Magistrado Ponente
STS, 1ª, 28.2.1980	RJ 1980, 1015	José Antonio Seijas Martínez
STS, 1ª, 11.10.1982	RJ 1982, 5551	José Mª Gómez de la Bárcena y López
STS, 1ª, 7.2.1983	RJ 1983, 864	José Mª Gómez de la Bárcena y López
STS, 1ª, 9.6.1986	RJ 1986, 3298	Cecilio Serena Velloso
STS, 1ª, 23.9.1986	RJ 1986, 4783	Antonio Sánchez Jáuregui
STS, 1ª, 9.10.1987	RJ 1987, 6931	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS, 4ª, 18.4.1991	RJ 1991, 3372	Benigno Varela Autrán
STS 313/94, 1ª, 8.4.1994	RJ 1994, 2733	Eduardo Fernández-Cid de Temes
STS 111/98, 1ª, 10.2.1998	RJ 1998, 970	Alfonso Villagómez Rodil
STS 751/98, 1ª, 24.7.1998	ES:TS:1998:5000	Francisco Morales Morales
STS 873/98, 1ª, 18.9.1998	RJ 1998, 6398	Alfonso Villagómez Rodil
STS 1039/98, 1ª, 14.11.1998	RJ 1998, 9972	Antonio Gullón Ballesteros
STS 1123/98, 1ª, 4.12.1998	RJ 1998, 9615	Francisco Morales Morales
STS 1142/98, 1ª, 4.12.1998	RJ 1998, 8788	Alfonso Villagómez Rodil
STS 55/99, 1ª, 1.2.1999	RJ 1999, 526	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 265/99, 1ª, 27.3.1999	RJ 1999, 2371	José Menéndez Hernández
STS 621/99, 1ª, 7.7.1999	RJ 1999, 4988	Antonio Gullón Ballesteros
STS 646/99, 1ª, 17.7.1999	RJ 1999, 5958	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 106/00, 1ª, 14.2.2000	RJ 2000, 1236	Jesús Corbal Fernández
STS 451/00, 1ª, 18.4.2000	RJ 2000, 2976	Francisco Morales Morales
STS 550/00, 1ª, 1.6.2000	RJ 2000, 5090	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez
STS 862/00, 1ª, 30.9.2000	RJ 2000, 7537	Pedro González Poveda
STS 998/00, 1ª, 2.11.2000	RJ 2000, 8492	Román García Varela
STS 913/01, 1ª, 10.10.2001	RJ 2001, 8793	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 1110/01, 1ª, 30.11.2001	RJ 2002, 9693	Francisco Marín Castán
STS 230/02, 1ª, 14.3.2002	RJ 2002, 2476	Jesús Corbal Fernández
STS 1200/02, 1ª, 5.12.2002	RJ 2002, 10432	Clemente Auger Liñán
STS 365/03, 1ª, 15.4.2003	RJ 2003, 3712	Antonio Romero Lorenzo
STS 784/03, 1ª, 16.7.2003	RJ 2003, 5144	José M. Martínez-Pereda Rodríguez
STS 119/04, 1ª, 19.2.2004	RJ 2004, 1803	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
ATS, 1ª, 4.6.2004	ES:TS:2004:7253A	Jesús Corbal Fernández
STS 735/05, 1ª, 27.9.2005	RJ 2005, 6860	Antonio Salas Carceller
STS 725/05, 1ª, 17.10.2005	RJ 2005, 7194	Jesús Corbal Fernández
STS 959/05, 1ª, 28.11.2005	RJ 2005, 9837	Antonio Salas Carceller
STS 364/06, 1ª, 5.4.2006	RJ 2006, 1921	Encarnación Roca Trías
STS 760/06, 1ª, 20.7.2006	RJ 2006, 4734	Román García Varela
STS 1063/06, 1ª, 25.10.2006	RJ 2006, 6704	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 18/07, 1ª, 24.1.2007	RJ 2007, 710	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 1193/07, 1ª, 7.11.2007	RJ 2007, 7414	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta
STS 501/08, 1ª, 3.6.2008	RJ 2008, 4170	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 506/08, 1ª, 4.6.2008	RJ 2008, 3196	José Almagro Nosete
STS 829/08, 1ª, 25.9.2008	RJ 2008, 5570	Antonio Gullón Ballesteros
ATS, 1ª, 20.10.2008	ES:TS:2008:11847A	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 539/09, 14.7.2009	RJ 2009, 4467	Antonio Salas Carceller
STS, 3ª, 5.11.2009	RJ 2009, 7958	Manuel Martín Timón
STS 792/09, 1ª, 16.12.2009	RJ 2010, 702	Jesús Corbal Fernández
STS, Especial del art. 61 LOPJ, 1.2.2010	RJ 2010, 1600	Alberto Jorge Barreiro
STS 103/10, 1ª, 17.3.2010	RJ 2010, 2402	Román García Varela
STS 199/10, 1ª, 5.4.2010	RJ 2010, 2541	Juan Antonio Xiol Ríos
STS 401/10, 1ª, 1.7.2010	RJ 2010, 6554	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
STS 663/10, 1ª, 4.11.2010	RJ 2010, 8021	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 861/10, 1ª, 29.12.2010	RJ 2011, 148	Jesús Corbal Fernández
STS, 3ª, 11.1.2011	RJ 2012, 1841	Octavio Juan Herrero Pina
STS 977/11, 1ª, 12.1.2011	RJ 2012, 1781	Francisco Marín Castán
STS 39/11, 1ª, 17.2.2011	RJ 2011, 3316	Antonio Salas Carceller
STS 75/11, 1ª, 2.3.2011	RJ 2011, 1833	José Antonio Seijas Quintana
STS, Especial del art. 61 LOPJ, 11.10.2011	RJ 2012, 719	Alberto Jorge Barreiro
STS 706/11, 1ª, 25.10.2011	RJ 2012, 433	Román García Varela
STS 842/11, 1ª, 25.11.2011	RJ 2012, 576	Jesús Corbal Fernández
Acuerdo, 1ª, 30.12.2011	JUR 2012, 2657	
STS 44/12, 1ª, 15.2.2012	RJ 2012, 4984	Rafael Gimeno-Bayón Cobos

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS 118/12, 1ª, 13.3.2012	RJ 2012, 4527	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 406/12, 1ª, 18.6.2012	RJ 2012, 8857	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 731/12, 1ª, 10.12.2012	RJ 2013, 914	Francisco Marín Castán
STS 812/12, 1ª, 9.1.2013	RJ 2013, 1261	Juan Antonio Xiol Ríos
STS 827/12, 1ª, 15.1.2013	RJ 2013, 2276	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 4ª, 16.1.2013	RJ 2013, 4493	Jesús Gullón Rodríguez
STS 820/12, 1ª, 17.1.2013	RJ 2013, 1819	Francisco Marín Castán
STS 822/12, 1ª, 18.1.2013	RJ 2013, 1604	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 221/13, 1ª, 11.4.2013	RJ 2013, 3490	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 221/13, 1ª, 11.4.2013	RJ 2013, 3490	Francisco Javier Orduña Moreno
Acuerdo, 1ª, 8.5.2013	JUR 2013, 146287	
STS 241/13, 1ª, 9.5.2013	RJ 2013, 3088	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
ATS, 1ª, 3.6.2013	RJ 2013, 3617	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
ATS, 1ª, 4.6.2013	ES:TS:2013:5367A	Juan Antonio Xiol Ríos
STS 424/13, 1ª, 21.6.2013	RJ 2013, 4980	Juan Antonio Xiol Ríos
STS 476/13, 1ª, 3.7.2013	RJ 2013, 5913	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS 540/13, 1ª, 13.9.2013	RJ 2013, 5931	Francisco Marín Castán
STS 581/13, 1ª, 26.9.2013	RJ 2013, 6402	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 586/13, 1ª, 8.10.2013	RJ 2013, 7802	Rafael Sarazá Jimena
ATS, 1ª, 6.11.2013	RJ 2013, 355553	Rafael Sarazá Jimena
STS 638/13, 1ª, 18.11.2013	RJ 2014, 2233	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 769/13, 1ª, 18.12.2013	RJ 2013, 8350	Sebastián Sastre Papiol
ATS, 1ª, 14.1.2014	ES:TS:2014:110A	Francisco Marín Castán
STS 97/2014, 1ª, 12.3.2014	RJ 2014, 1486	José Ramón Ferrándiz Gabriel
STS 214/14, 1ª, 15.4.2014	RJ 2014, 3122	Rafael Sarazá Jimena
STS 213/14, 1ª, 21.4.2014	RJ 2014, 3281	José Antonio Seijas Quintana
STS, 1ª, 5.5.2014	RJ 2014, 3290	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS 218/14, 1ª, 7.5.2014	RJ 2014, 3126	Francisco Javier Arroyo Fiestas
STS 242/14, 1ª, 23.5.2014	RJ 2014, 2943	Sebastian Sastre Papiol
STS 86/14, 1ª, 26.5.2014	RJ 2014, 3880	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 333/14, 1ª, 30.6.2014	RJ 2014, 3526	Francisco Javier Orduña Moreno

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
STS 464/14, 1ª, 8.9.2014	RJ 2014, 4660	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 638/14, 1ª, 24.11.2014	RJ 2014, 6000	Eduardo Baena Ruiz
STS 462/14, 1ª, 24.11.2014	RJ 2014, 5985	Francisco Marín Castán
STS 467/14, 1ª, 25.11.2014	RJ 2014, 6008	José Antonio Seijas Quintana
STS 463/14, 1ª, 28.11.2014	RJ 2014, 6052	Antonio Salas Carceller
STS 677/14, 1ª, 2.12.2014	RJ 2014, 6872	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 778/14, 1ª, 20.1.2015	RJ 2015, 361	Francisco Marín Castán
STS 72/15, 1ª, 20.2.2015	RJ 2015, 584	Xavier O'Callaghan Muñoz
STS 138/15, 1ª, 24.3.2015	RJ 2015, 845	Rafael Sarazá Jimena
STS 139/15, 1ª, 25.3.2015	RJ 2015, 735	Eduardo Baena Ruiz
STS 265/15, 1ª, 22.4.2015	RJ 2015, 1360	Rafael Sarazá Jimena
STS 222/15, 1ª, 29.4.2015	RJ 2015, 2042	Rafael Sarazá Jimena
STS 237/15, 1ª, 30.4.2015	ES:TS:2015:1708	Francisco Marín Castán
ATS, 1ª, 3.6.2015	ES:TS:2015:4336A	Francisco Marín Castán
STS 470/15, 1ª, 7.9.2015	RJ 2015, 3976	Rafael Sarazá Jimena
STS 654/15, 1ª, 19.11.2015	ES:TS:2015:4891	Pedro José Vela Torres
STS 705/15, 1ª, 23.12.2015	RJ 2015, 5714	Pedro José Vela Torres
STS 748/15, 1ª, 30.12.2015	RJ 2015, 5874	Francisco Marín Castán
STS 34/16, 1ª, 4.2.2016	ES:TS:2016:328	Pedro José Vela Torres
STS 79/16, 1ª, 18.2.2016	RJ 2016, 619	Pedro José Vela Torres
STS 81/16, 1ª, 18.2.2016	RJ 2016, 567	Pedro José Vela Torres
ATS, 1ª, 12.4.2016	ES:TS:2016:2927A	Rafael Sarazá Jimena
STS 364/16, 1ª, 3.6.2016	RJ 2016, 2300	Ignacio Sancho Gargallo
STS 367/16, 1ª, 3.6.2016	RJ 2016, 2306	Pedro José Vela Torres
STS 483/16, 1ª, 14.7.2016	ES:TS:2016:3412	Ignacio Sancho Gargallo
STS 527/16, 1ª, 12.9.2016	RJ 2016, 4437	Eduardo Baena Ruiz
ATS, 1ª, 21.9.2016	ES:TS:2016:8266A	Francisco Marín Castán
STS 688/16, 1ª, 23.11.2016	ES:TS:2016:5128	Francisco Javier Orduña Moreno
STS 30/17, 1ª, 18.1.2017	ES:TS:2017:123	Pedro José Vela Torres
STS 41/17, 1ª, 20.1.2017	ES:TS:2017:124	Pedro José Vela Torres
STS 57/17, 1ª, 30.1.2017	ES:TS:2017:328	Pedro José Vela Torres

<b>Resolución, Sala y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
ATS, 1ª, 8.2.2017	ES:TS:2017:271A	Pedro José Vela Torres
STS 123/17, 1ª, 24.2.2017	ES:TS:2017:477	Pedro José Vela Torres
STS 171/17, 1ª, 9.3.2017	ES:TS:2017:788	Ignacio Sancho Gargallo
STS 334/17, 1ª, 25.5.2017	ES:TS:2017:2016	Ignacio Sancho Gargallo
STS 357/17, 1ª, 6.6.2017	ES:TS:2017:2249	Rafael Sarazá Jimena
STS 367/17, 1ª, 8.6.2017	ES:TS:2017:2244	Rafael Sarazá Jimena
STS 419/17, 1ª, 4.7.2017	ES:TS:2017:2501	Francisco Marín Castán
STS 558/17, 1ª, 16.10.2017	ES:TS:2017:3721	Rafael Sarazá Jimena

### **Audiencias Provinciales**

<b>Res., Trib., secc. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
SAP Tarragona, 3ª, 27.10.1997	AC 1997, 2295	Javier Albar García
SAP León, 2ª, 15.4.1998	AC 1998, 748	Luis Adolfo Mallo Mallo
SAP Cádiz, 8ª, 19.7.2002	ES:APCA:2002:2011	Luis Alfredo de Diego Díez
AAP Madrid, 11ª, 10.10.2002	AC 2002, 1417	Jesús Gavilán López
AAP Barcelona, 16ª, 12.12.2002	ES:APB:2002:2427A	Agustín Ferrer Barriendos
AAP Barcelona, 17ª, 12.2.2003	ES:APB:2003:269A	Myriam Sambola Cabrer
SAP Santa Cruz de Tenerife, 3ª, 7.2.2003	ES:APTF:2003:345	María Luisa Santos Sánchez
SAP Valencia, 7ª, 16.5.2003	ES:APV:2003:3103	María Ibáñez Solaz
SAP Barcelona, 14ª, 22.5.2003	ES:APB:2003:4113	María Eugenia Alegret Burgues
SAP Santa Cruz de Tenerife, 4ª, 17.11.2003	ES:APTF:2003:2214	Emilio Fernando Suárez Díaz
SAP Cádiz, 4ª, 1.12.2003	ES:APCA:2003:2169	Manuel Zambrano Ballester
SAP Ávila, 1ª, 7.1.2004	ES:APAV:2004:2	Ignacio Pando Echevarría
SAP Cáceres, 1ª, 19.1.2004	ES:APCC:2004:22	Juan Francisco Bote Saavedra
SAP Málaga, 4ª, 29.4.2004	ES:APMA:2004:2110	Manuel Torres Vela
SAP Barcelona, 17ª, 28.5.2004	ES:APB:2004:6970	Myriam Sambola Cabrer
SAP Sevilla, 6ª, 29.6.2004	ES:APSE:2004:2716	José Carlos Ruíz de Velasco Linares
SAP Madrid, 13ª, 14.9.2004	ES:APM:2004:11618	Carlos Cezón González
SAP Valencia, 7ª, 30.9.2004	ES:APV:2004:4169	Pilar Cerdán Villalba
SAP Murcia, 5ª, 15.12.2004	AC 2005, 275	José Manuel Nicolás Manzanares
SAP Baleares, 5ª, 22.12.2004	ES:APIB:2004:1748	Mariano Zaforteza Fortuny

<b>Res., Trib., secc. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
SAP Baleares, 3ª, 8.2.2005	ES:APIB:2005:178	Guillermo Rosselló Llaneras
SAP Madrid, 13ª, 9.3.2005	ES:APM:2005:2567	José Luis Zarco Olivo
SAP Barcelona, 14ª, 6.10.2005	ES:APB:2005:7087	Francisco Javier Pereda Gámez
SAP Cádiz, 8ª, 14.11.2005	ES:APCA:2005:2135	Lourdes Marín Fernández
SAP Barcelona, 4ª, 17.11.2005	ES:APB:2005:10961	Mireia Ríos Enrich
SAP Madrid, 18ª, 19.1.2006	ES:APM:2006:1145	María Guadalupe de Jesús Sánchez
SAP Madrid, 25ª, 6.4.2006	ES:APM:2006:4483	Jose María Guglieri Vázquez
SAP Cantabria, 4ª, 11.4.2006	ES:APS:2006:611	Marcial Helguera Martínez
SAP Cantabria, 4ª, 25.4.2006	ES:APS:2006:893	María José Arroyo García
SAP Madrid, 21ª, 18.9.2006	AC 2008, 815	Guillermo Ripoll Olazábal
SAP Madrid, 21ª, 16.1.2007	ES:APM:2007:3465	Ramón Belo González
SAP Sevilla, 5ª, 7.3.2007	ES:APSE:2007:845	Juan Márquez Romero
SAP Santa Cruz de Tenerife, 4ª, 21.11.2007	ES:APTF:2007:2604	Emilio Fernando Suárez Díaz
SAP Murcia, 2ª, 17.1.2008	ES:APMU:2008:1185	Álvaro Castaño Penalva
SAP Asturias, 6ª, 21.1.2008	ES:APO:2008:357	José Manuel Barral Díaz
SAP Sevilla, 5ª, 23.6.2008	AC 2008, 2005	José Herrera Tagua
SAP Valencia, 6ª, 9.12.2008	AC 2009, 538	María Amparo Ivars Marín
SAP Alicante, 8ª, 14.1.2009	ES:APA:2009:44	Enrique García-Chamón Cervera
SAP Valencia, 8ª, 3.6.2009	ES:APV:2009:2183	Eugenio Sánchez Alcaraz
SAP Málaga, 6ª, 15.10.2009	ES:APMA:2009:2820	Antonio Alcalá Navarro
SAP Almería, 3ª, 20.10.2009	ES:APAL:2009:867	Soledad Jiménez de Cisneros Cid
SAP Salamanca, 1ª, 15.3.2010	ES:APSA:2010:137	José Ramón González Clavijo
SAP Córdoba, 3ª, 24.3.2010	ES:APCO:2010:105	Pedro José Vela Torres
SAP Burgos, 3ª, 30.7.2010	ES:APBU:2010:1097	María Esther Villimar San Salvador
SAP Valladolid, 3ª, 23.9.2010	AC 2010, 1535	José Manuel de Vicente Bobadilla
AAP Barcelona, 14ª, 29.11.2010	AC 2012, 852	Francisco Javier Pereda Gámez
AAP Navarra, 2ª, 17.12.2010	AC 2011, 1	Francisco José Goyena Salgado
AAP Navarra, 3ª, 28.1.2011	AC 2011, 40	Jesús Santiago Delgado Cruces
AAP Navarra, 2ª, 16.3.2011	AC 2011, 1027	Francisco José Goyena Salgado
SAP Madrid, 13ª, 8.4.2011	ES:APM:2011:6549	José González Olleros
SAP Madrid, 9ª, 21.7.2011	ES:APM:2011:11014	José María Pereda Laredo

<b>Res., Trib., secc. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
SAP Sevilla, 5ª, 7.10.2011	AC 2011, 1569	Fernando Sanz Talayero
SAP Valencia, 6ª, 4.11.2011	ES:APV:2011:6735	María Mestre Ramos
SAP Madrid, 13ª, 23.12.2011	ES:APM:2011:15677	Modesto de Bustos Gómez-Rico
SAP Gerona, 1ª, 9.2.2012	AC 2012, 666	Fernando Lacaba Sánchez
SAP Burgos, 3ª, 23.3.2012	ES:APBU:2012:315	Juan Sancho Fraile
SAP Cáceres, 1ª, 24.4.2012	ES:APCC:2012:375	Juan Francisco Bote Saavedra
SAP Zaragoza, 5ª, 8.5.2012	AC 2012, 1007	Alfonso María Martínez Areso
SAP Asturias, 7ª, 10.5.2012	ES:APO:2012:1357	Marta María Gutiérrez García
SAP Murcia, 5ª, 10.7.2012	ES:APMU:2012:1730	Miguel Ángel Larrosa Amante
SAP Asturias, 6ª, 27.7.2012	ES:APO:2012:2166	Elena Rodríguez-Vigil Rubio
SAP Asturias, 7ª, 30.11.2012	ES:APO:2012:3481	Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente
SAP Córdoba, 3ª, 21.5.2013	AC 2015, 512	Pedro José Vela Torres
SAP Madrid, 28ª, 26.7.2013	ES:APM:2013:12691	Enrique García García
AAP Pontevedra, 6ª, 10.2.2014	AC 2014, 487	Jaime Carrera Ibarzábal
SAP Asturias, 4ª, 18.2.2014	ES:APO:2014:458	María Nuria Zamora Pérez
AAP Álava, 1ª, 13.3.2014	AC 2014, 382	Edmundo Rodríguez Achutegui
AAP Castellón, 3ª, 2.4.2014	JUR 2014, 179524	José Manuel Marco Cos
SAP Asturias, 1ª, 21.4.2014	ES:APO:2014:1163	Javier Antón Guijarro
SAP Jaén, 1ª, 21.5.2014	ES:APJ:2014:396	María Fernanda García Pérez
SAP Teruel, 1ª, 27.5.2014	ES:APTE:2014:81	Fermín Francisco Hernández Gironella
SAP Alicante, 8ª, 5.6.2014	AC 2014, 1132	Luis Antonio Soler Pascual
SAP Alicante, 8ª, 10.6.2014	AC 2014, 1624	Luis Antonio Soler Pascual
AAP Madrid, 9ª, 27.11.2014	ES:APM:2014:250A	Juan Luis Gordillo Álvarez-Valdés
SAP Guipúzcoa, 2ª, 14.1.2015	ES:APSS:2015:94	María Teresa Fontcuberta de la Torre
AAP Barcelona, 11ª, 16.1.2015	ES:APB:2015:42A	Mª del Mar Alonso Martínez
AAP Madrid, 14ª, 23.3.2015	ES:APM:2015:173A	Paloma García de Ceca Benito
SAP Madrid, 10ª, 9.4.2015	ES:APM:2015:7715	Ángel Vicente Illescas Rus
SAP Madrid, 25ª, 19.5.2015	ES:APM:2015:7099	Francisco Moya Hurtado de Mendoza
AAP Alicante, 8ª, 10.6.2015	JUR 2015, 190487	Francisco José Soriano Guzmán
AAP Alicante, 8ª, 15.6.2015	JUR 2015, 190491	Luis Antonio Soler Pascual
SAP Salamanca, 1ª, 19.6.2015	AC 2015, 1335	Fernando Carbajo Cascón
AAP Zamora, 1ª, 13.7.2015	JUR 2015, 212031	Ana Descalzo Pino

<b>Res., Trib., secc. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI</b>	<b>Magistrado Ponente</b>
AAP Cantabria, 4ª, 17.7.2015	ES:APS:2015:53A	María del Mar Hernández Rodríguez
AAP Álava, 1ª, 22.9.2015	ES:APVI:2015:3A	Edmundo Rodríguez Achutegui
AAP La Coruña, 6ª, 4.1.2016	ES:APC:2016:1A	Sandra María Iglesias Barral
SAP Cantabria, 4ª, 10.1.2017	ES:APS:2017:1	María del Mar Hernández Rodríguez
SAP Pontevedra, 1ª, 11.1.2017	AC 2017, 102	Manuel Almenar Belenguer
SAP Asturias, 6ª, 12.1.2017	AC 2017, 7	Elena Rodríguez-Vigil Rubio
AAP Las Palmas, 4ª, 25.1.2017	AC 2017, 13	Juan José Cobo Plana

### **Juzgados de Primera Instancia (e Instrucción en su caso)**

<b>Res., Trib. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi/ECLI/Roj</b>	<b>Magistrado-Juez</b>
SJPI nº 50 Madrid, 11.9.2001	AC 2001, 2120	Mª Rosario Campesino Temprano
AJPI nº 4 Bilbao, 29.1.2008		Mª Covadonga González Rodríguez
AJPII nº 2 Estella, 13.11.2009	AC 2010, 2235	Esther Fernández Arjonilla
AJPI nº 2 Sabadell, 21.1.2010		Guillem Soler Sole
AJPI nº 2 Sabadell, 30.9.2010	Roj: AJPI 5/2010	Guillem Soler Sole
AJPII nº 1 Catarroja, 15.11.2012	AC 2012, 1627	Manuel Ortiz Romani
AJPI nº 17 Palma Mallorca, 26.2.2013		Álvaro Latorre López
SJPI nº 5 Pamplona, 7.5.2013	AC 2013, 1624	Rafael Ruiz de la Cuesta Muñoz
AJPII nº 2 Marchena, 16.8.2013	AC 2013, 971	Manuel Ruíz de Lara
AJPII nº 7 Avilés, 14.11.2013	ES:JPII:2013:7A	Joaquín Colubi Mier
AJPI nº 2 Santander, 19.11.2013	AC 2013, 2287	Jaime Fco. Anta González
AJPII nº 1 Miranda de Ebro, 17.2.2014	AC 2014, 95	David Losada Durán
AJPI nº 5 Alcobendas, 24.4.2014	ES:JPI:2014:28A	Lidia Octavio Espíndola
SJPI nº 1 Fuenlabrada, 3.10.2014	ES:JPI:2014:130	Jesús Miguel Alemany Eguidazu

### **Juzgados de lo Mercantil**

<b>Res., Trib. y fecha</b>	<b>Ref. Aranzadi</b>	<b>Magistrado-Juez</b>
SJM nº 2 Sevilla, 30.9.2010	AC 2010, 1550	Miguel Ángel Navarro Robles
AJM nº 3 Barcelona, 19.7.2011	AC 2012, 1656	José Mª Fernández Seijo
SJM nº 3 Madrid, 27.2.2014	AC 2014, 786	Jesús Miguel Alemany Eguidazu
AJM nº 1 Granada, 25.3.2015	JUR 2015, 244788	Enrique Sanjuán Muñoz
SJM nº 11 Madrid, 7.4.2016	AC 2016, 324	Carmen González Suárez

## Dirección General: Ministerios de Justicia (DGRN) y de Hacienda (DGT)

Órgano y fecha de Resolución	Ref. Aranzadi	Partes / Consulta
DGRN, 18.6.1991	RJ 1991, 4656	<i>Copropietarios Avda. España nº 3 Getafe c. Registrador de la Propiedad nº 1 Getafe</i>
DGT (SG Impuestos Patrimoniales), 13.11.2001	JUR 2002, 90240	General núm. 2007-01
DGRN, 1.6.2002	RJ 2002, 6356	<i>Notario Valladolid, Mariano Jesús M. M. c. Registradora Propiedad nº 5 Valladolid</i>
DGRN, 23.10.2002	RJ 2002, 10794	<i>Notario de Ondarroa, Manuel S. O. c. Registradora de la Propiedad de Eibar</i>
DGRN, 7.1.2004	RJ 2004, 4881	<i>Cordobesa Inmuebles y Obras, S.L. c. Registrador de la Propiedad nº 10 Sevilla</i>
DGT (SG Tributos Locales), 28.2.2005	JUR 2005, 84166	Vinculante núm. V0305-05
DGRN, 26.7.2007 (Resolución-Circular)		<i>Consulta de Asociación de Promotores Constructores de España</i>
DGRN, 9.12.2008	RJ 2009, 1466	<i>Notario Valencia, Joaquín Borrell García c. Registrador Propiedad nº 1 Torrente</i>
DGT (SG Impuestos Patrimoniales), 5.11.2009	JT 2010, 25	Vinculante núm. V2471-09
DGRN, 3.12.2009	RJ 2010, 647	<i>Notario de Santa Cruz de Tenerife, Javier Martínez del Moral c. Registrador de la Propiedad nº 4 de Santa Cruz de Tenerife</i>
DGRN, 9.1.2010	RJ 2010, 258	<i>David Márquez Botella c. Registrador de la Propiedad de Torrox</i>
DGT (SG Tributos Locales), 29.9.2010		General núm. 0011-10
DGRN, 1.10.2010	RJ 2010, 5273	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGRN, 4.11.2010	RJ 2011, 2461	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGRN, 21.12.2010	RJ 2010, 263	<i>Manchester Building Society c. Registrador de la Propiedad de Vera</i>
DGRN, 4.1.2011	RJ 2011, 267	<i>Notario Valladolid, J. González Espinal c. Registradora Propiedad nº 5 Valladolid</i>
DGRN, 11.1.2011	RJ 2011, 269	<i>Manchester Building Society c. Registrador Propiedad nº 2 de Estepona</i>
DGT (SG Impuestos Patrimoniales), 14.3.2013	JUR 2013, 127802	Vinculante núm. V0816-13
DGRN, 22.5.2013	RJ 2013, 5417	<i>Diócesis de Lugo c. Registradora de la Propiedad de Arzúa</i>

<b>Órgano y fecha de Resolución</b>	<b>Ref. Aranzadi</b>	<b>Partes / Consulta</b>
DGRN, 13.9.2013	RJ 2013, 8277	<i>Banco Grupo Cajatres, S.A. c. Registrador de la Propiedad nº 1 Torrejón de Ardoz</i>
DGRN, 26.11.2013	JUR 2014, 23829	<i>Notario de Majadahonda, V.O.N. c. Registrador de la Propiedad nº 1 de Torrejón de Ardoz</i>
DGRN, 21.1.2014	RJ 2014, 1546	<i>Notario Güümar, S. S. G., c. Registradora de la Propiedad de Güümar</i>
DGRN, 28.5.2014	RJ 2014, 3813	<i>A.R.B. c. Registradora de la Propiedad nº 9 de Valencia</i>
DGRN, 17.10.2014	RJ 2014, 6096	<i>Notario de Palma de Mallorca, J.M. M. M. c. Registrador de la Propiedad nº 3 Palma de Mallorca</i>
DGRN, 12.3.2015	RJ 2015, 1586	<i>Notaria de Albacete, María Adoración Fernández Maldonado c. Registrador de la Propiedad nº 4 de Albacete</i>



## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN MATESANZ, I. M., «Sinopsis 53 Constitución Española», en *Congreso de los Diputados*, 2003, actualización de SIEIRA MUCIENTES, S., 2011 ([www.congreso.es](http://www.congreso.es)).
- ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007, *Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Munich, 2009.
- AFONSO RODRÍGUEZ, M. E., *Las arras en la contratación*, Barcelona, 1995.
- AGÜERO ORTIZ, A., «Nuevas medidas de protección a consumidores en materia hipotecaria introducidas por la Ley 20/2014 en el Código de Consumo de Cataluña», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 13/2015, pp. 45-53 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- AKANDJI-KOMBE, J-F., «Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: Quelles perspectives pour les 10 prochaines années?», en *Seminario con motivo del 10.º aniversario de la Carta revisada*, Estrasburgo, 3.5.2006 ([www.coe.int](http://www.coe.int)).
- AKERLOF, G. A., «The Market for "Lemon"»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *QJE*, Vol. 84, Iss. 3, 1970, pp. 488-500.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P., *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias: el control judicial del equilibrio contractual*, Valencia, 2012.
- ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Nápoles, 2003.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la Europeización del derecho privado», en *RDPR*, n.º 86, 2002, pp. 187-206.
- «La necesaria influencia del derecho privado europeo en la propuesta», «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado*

- europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 15-25, y pp. 194-238.
- «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», en *DLL*, 17.10.2013, documento online.
  - «Una invitación a los Estados miembros de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial (a propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014)», en *RDC*, vol. II, n.º 2, 2015, pp. 1-30 ([www.nreg.es](http://www.nreg.es)).
- ALESSI, R., «Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brussee», en *www.juscivile.it*, 7/2013, pp. 388-405.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- «Art. 1», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 97-141.
  - «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas», en Salelles Climent, J. R./Guerrero Lebrón, M. J./Fuentes Devesa, R. (coords.), *I Foro de encuentro de jueces y profesores de derecho mercantil*, Valencia, 2010, pp. 219-240.
  - «La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Sevilla de 30-IX-2010 sobre las cláusulas de «suelo» en los tipos de interés de los préstamos hipotecarios», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 19.10.2010.
  - «La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de León sobre las cláusulas de suelo y techo», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 28.3.2011.
  - «La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 15.2.2012.
  - «La Sentencia del Tribunal de Justicia sobre intereses moratorios fijados por Ley», en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>, 21.1.2015.
  - «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas-suelo», en *Almacén de Derecho*, 21.12.2016 (<http://almacenederecho.org>).
  - «Cuando los años tienen 360 días», en *Almacén de Derecho*, 26.1.2017 (<http://almacenederecho.org>).
  - «¿Y ahora qué?», en *InDret* 1/2017 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- ÁLVAREZ LATA, N., «Compraventa de vivienda», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 738-849.
- «La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 4/2012, pp. 99-117 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).

- «Actual configuración de las cláusulas de subrogación en el préstamo hipotecario. Comentario a la STS de 30 de diciembre 2015», en *CCJC*, n.º 103, 2017, pp. 15-36.
- ÁLVAREZ OLALLA, M. P., «Calificación del Registrador respecto a las cláusulas del préstamo hipotecario. Cobertura de intereses remuneratorios en hipoteca inversa y cláusulas de vencimiento anticipado», en *AC-M*, n.º 1/2011, BIB 2011\387.
- «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», en *AC-M*, n.º 11/2013, BIB 2013\468.
- ANDRÉS LLAMAS, M. A., «El método 365/360 de cálculo de intereses en contratos de préstamo con consumidores: una propuesta de control judicial de abusividad», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 11/2014, pp. 191-200 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- ANTA GONZÁLEZ, J. M., «Una aproximación crítica a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», en *DLL*, 27.1.2014, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).
- ARBESÚ GONZÁLEZ, V., «La subrogación del comprador de vivienda en la hipoteca del promotor-vendedor, comentario al artículo 1.14 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios», en *Saberes*, vol. 1, 2009, Separata.
- ARELLANO GÓMEZ, F. J., «La dación en pago imperativa como una alternativa viable, no extravagante, a la insolvencia sobrevenida de un deudor de buena fe ante ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 51-93.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil. Libros V y VI*, Valencia, 2016.
- AZEREDO DA SILVEIRA, M., «Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *NJCL*, 2/2005, pp. 1-50 (<http://njcl.utu.fi>).
- BAIER, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln: die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen in Deutschland, Italien, England und Frankreich*, Hamburgo, 2004.
- BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999.
- «Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado», en *RDM*, n.º 256, 2005, pp. 501-596.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo sobre la cláusula suelo y su aplicación», en *Blog de Consumerista*, 21.12.2016 ([www.rankia.com/blog/consumerista](http://www.rankia.com/blog/consumerista)).

## ■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- «Invalidez de la renuncia a reclamar la devolución de cantidades cuando se firma acuerdo para elimina el suelo», en *Blog de Consumerista*, 30.1.2017 ([www.ran-kia.com/blog/consumerista](http://www.ran-kia.com/blog/consumerista)).
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Los cambios tras la sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 marzo 2013 contra las cláusulas abusivas», en *www.notariosyregistradores.com*, 4.4.2013.
- «Ejecución de hipoteca de vivienda: alegación de cláusulas abusivas, igualdad de medios de defensa y venta extrajudicial. Comentario al recurso de inconstitucionalidad del PSOE contra la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *www.notariosyregistradores.com*, 16.9.2013.
- «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», en *DLL*, n.º 8330, 11.6.2014, pp. 1-12.
- «Si el interés de demora es abusivo no se puede moderar ni recalcar», en *www.notariosyregistradores.com*, 25.1.2015.
- BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de procuradores, juicio verbal y monitorio», en *DLL*, 30.7.2013, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).
- BANCO DE ESPAÑA, «Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios», en *BOCG*, Senado, n.º 457, de 7.5.2010, pp. 12-26.
- *Memoria de Reclamaciones, 2013*, Madrid, 2014 ([www.bde.es](http://www.bde.es)).
- BAR-GILL, O. / BEN-SHAHAR, O., «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law», en *CML Rev.*, vol. 50, n.º 3, junio 2012, pp. 109-126 (<http://papers.ssrn.com>).
- BAR-GILL, O. / WARREN, E., «Making Credit Safer», en *U. PA. L. Rev.*, Vol. 157, Iss. 1, 2008, pp. 1-101 ([www.pennlawreview.com](http://www.pennlawreview.com)).
- BARRES BENLLOCH, P. / EMBID IRUJO, J. M. / MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de derecho contractual europeo* (edición española): *Partes I y II*, Madrid, 2003, y *Parte III*, Madrid, 2007.
- BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004.
- BELINCHÓN ROMO, M. R., *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*, Madrid, 2012.
- BELLO JANEIRO, D., *La defensa frente a terceros*, Barcelona, 1993.
- BELORGEY, J-M., «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», en *RDPO*, n.º 70, 2007, pp. 349-377.
- BEN-SHAHAR, O., «The Myth of the “Opportunity to Read” in Contract Law», en *ERCL*, Vol. 5, Iss. 1, 2009, pp. 1-28.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. /BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «DA 1.<sup>a</sup>, 3: Art. 10 bis.1 LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 753-769.
- BLANDINO GARRIDO, M. A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 239-296.
- «Contenido y efectos de los contratos», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 573-694.
- BONIN, B., «Geltungserhaltende Reduktion», en DÄUBLER, W./BONIN, B./DEINERT, O., *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht. Kommentar zu den §§ 305 bis 310 BGB*, Munich, 2014, pp. 138-145.
- BONOME, M. G., *La Racionalidad en la toma de decisiones: Análisis la teoría de la decisión de Herbert A. Simon*, La Coruña, 2009.
- BOT, Y., *Conclusiones en el Asunto C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva e Brito y otros contra Estado portugués*, Luxemburgo, 11.6.2015 (ECLI:EU:C:2015:390).
- BRANDNER, H. E., «Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen», en *MDR*, 4/1997, pp. 312-315.
- BRANDNER, H. E. / ULMER, P., «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», en *CML Rev.*, Vol. 28, Iss. 3, 1991, pp. 647-662.
- BUSTO LAGO, J. M., «Banca. Productos financieros, medios de pago bancarios y garantías hipotecarias», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 1151-1329.
- BUSTO LAGO, J. M. / PEÑA LÓPEZ, F., «Las estipulaciones contractuales predispuestas por el empresario en la relaciones de consumo: las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas», en Busto Lago, J. M. (coord.), *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Cizur Menor, 2010, pp. 163-232.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, Madrid, 1995.
- CAFFARENA LAPORTA, J., «DA 1.<sup>a</sup> 6, cláusula 16», «DA 1.<sup>a</sup>6, cláusula 17», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1187-1199.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato – ¿Incorrecta Transposición, opción legal o mentís jurisprudencial?*, Cizur Menor, 2006.

## ■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- «El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», en *CDT* vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 84-117 ([www.uc3.es/cdt](http://www.uc3.es/cdt)).
  - «Artículo 60. Información previa al contrato», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, 2011, pp. 483-510.
  - «El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 6/2013, pp. 98-115 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
  - «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LV, 2015, pp. 548-643.
  - «Control de las cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios», en *Almacén de Derecho*, 27.6.2016 (<http://almacendederecho.org>).
  - «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», en *InDret*, 3/2016 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
  - (2017a) «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», en *InDret*, 1/2017 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
  - (2017b) «Limitaciones y extralimitaciones del TS y también del TJUE», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 71, 2017, pp. 16-20.
- CANARIS, C.-W., «Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung», en *AcP*, vol. 200, No. 3-4, 2000, p. 273-364.
- CANARIS, C.-W. / GRIGOLEIT, H. CH., «Interpretation of Contracts», en Hartkamp, A. S./Hesselink, M. W./Hondius, E. H./Mak, Ch./du Perron, C. E. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 587-618.
- CAÑIZARES LASO, A., «Efectos del endeudamiento de las obligaciones contractuales por el comprador en el contrato de compraventa: mecanismos de protección del comprador. Especial referencia al Art. 1504 CC y la moratoria del pago de los RD 195/2008 y 97/2009», en *CDJ*, n.º 1/2009, pp. 421-461.
- «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», en *RDC*, vol. II, n.º 3, 2015, pp. 67-105 ([www.nreg.es](http://www.nreg.es)).
  - «Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016», en *RDC*, vol. III, n.º 4, 2016, pp. 103-123 (<http://nreg.es>).
- CAPOBIANCO, E., «Art. 36», en CAPOBIANCO, E./PERLINGIERI, G., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Nápoles, 2009, pp. 200-207.
- CARBALLO FIDALGO, M., «El control de oficio de la nulidad de las cláusulas de sumisión expresa en la contratación con consumidores», en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 ([www.codigo-civil.info/nulidad](http://www.codigo-civil.info/nulidad)).
- «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», en *InDret*, 1/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

- CARRASCO PERERA, A., «Comentario al artículo 6.3 Código Civil», en Albaladejo, M./ Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, Madrid, 1992, pp. 769-842.
- «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», en Delgado Echeverría, J. (coord.), *La nulidad de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor, 2007, pp. 163-192.
- *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2010.
- «El “animus revertendi” de lo banal», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, 2013 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).
- «La cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación», en *Centro de Estudios de Consumo*, 3.3.2014 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- «¿Rescisión concursal de “sobregarantías”?», en *Análisis GA&P*, abril 2015 ([www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis](http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/analisis)).
- CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 7/2013, pp. 164-183 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la construcción y la vivienda*, Madrid, 2003.
- CARRASCO PERERA, A. / GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «La doctrina casacional sobre transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 7/2013, pp. 126-163 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- CASTILLA CUBILLAS, M., «Sobre la abusividad de las cláusulas de “suelo” hipotecario y el Informe al respecto del Banco de España», en *RAD*, n.º 1/2011, BIB 2011\289.
- «La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 3 de junio de 2010, en materia de abusividad de las prestaciones principales del contrato, y sus riesgos», en *RAD*, n.º 9/2011, pp. 133-136.
- CASTRONOVO, C., «Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive», en *Eur. dir. priv.*, 1/1998.
- CHAVES GARCÍA, J. R., «Sentencia del Constitucional: no valía el cálculo de la plusvalía», en *delJusticia.com*, 17.2.2017.
- CLAESSENS, S. / RATNOVSKI, L., «What is Shadow Banking?», en *IMFWP* n.º 14/15, 11.2.2014 ([www.imf.org](http://www.imf.org)).
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo Derecho del contrato», en *ASN*, t. Extra I, 1988, pp. 147-162.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008.
- COBREROS MENDAZONA, E., «El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por el incumplimiento judicial del derecho comunitario: a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009», en [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), 3.11.2010.
- *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2015.

COLINA GAREA, R., *La función social de la propiedad privada en la Constitución española*, Barcelona, 1997.

COMISIÓN EUROPEA (EUROPEAN COMMISSION), «Los servicios de interés general en Europa», en *DO C* 281, de 26.9.1996, pp. 3-12.

— *The «Unfair Terms» Directive, five years on – Evaluation and future perspectives*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2000.

— *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, COM (2000) 248 final, Bruselas, 27.04.2000 (<http://eur-lex.europa.eu>).

— «Los servicios de interés general en Europa», COM (2000) 580 final, Bruselas, 20.9.2000, en *DO C* 17, de 19.1.2001, pp. 4-23.

— *Informe al Consejo Europeo de Laeken – Los servicios de interés general*, COM (2001) 598 final, Bruselas, 17.10.2001 (<http://eur-lex.europa.eu>).

— «Un Derecho contractual europeo más coherente: plan de acción», COM (2003) 68 final, Bruselas, 12.2.2003, en *DO C* 63, de 15.03.2003, pp. 1-44.

— *Libro Verde sobre los servicios de interés general*, COM (2003) 270 final, Bruselas, 21.5.2003 (<http://eur-lex.europa.eu>).

— *Libro Blanco sobre los servicios de interés general*, COM (2004) 374 final, Bruselas, 12.5.2004 (<http://eur-lex.europa.eu>).

— «Libro Verde sobre revisión del acervo en materia de consumo», COM (2006) 744 final, Bruselas, 8.2.2007, en *DO C* 61, de 15.3.2007, pp. 1-23.

— *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, COM (2007) 447 final, Bruselas, 25.7.2007 (<http://ec.europa.eu>).

— *Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*, COM (2010) 348 final, Bruselas, 1.7.2010 (<http://eur-lex.europa.eu>).

— *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, Bruselas, 3.5.2011 (<http://ec.europa.eu>).

— *European Contract Law, Work in Progress, Version of 19 August 2011*, Bruselas, 19.8.2011 (<http://ec.europa.eu>).

— *Libro Verde — El sistema bancario en la sombra*, COM (2012) 102 final, Bruselas, 19.3.2012 (<http://ec.europa.eu>).

— *ANNEX to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Commission Work Programme 2015. A New Start*, Estrasburgo, 16.12.2014, COM(2014) 910 final, ANNEX 2 (<http://ec.europa.eu>).

— *Better regulation for better results - An EU agenda*, COM(2015) 215 final, Estrasburgo, 19.5.2015 (<http://ec.europa.eu>).

- *Observaciones escritas al Asunto C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur, S. A. U.*, sj,j (2015) 3218435 – NR/DR/nd, Bruselas, 13.7.2015.
  - *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and (2) on certain aspects concerning*, SWD(2015) 274 final/2, Bruselas, 17.12.2015 (<http://eur-lex.europa.eu>).
  - *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, COM(2015) 192 final, Bruselas, 6.5.2016 (<http://eur-lex.europa.eu>).
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO CIVIL, «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009 ([www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)).
- «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LXIII, enero 2009, Suplemento.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN – SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL, *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, Madrid, 2013.
- CONWAY, L., «Consumer Rights Act 2015», en *CBP*, n.º SN6588, 1.10.2015 (<http://researchbriefings.parliament.uk>).
- CÓRDOBA BUENO, M., *Fundamentos y práctica de las matemáticas financieras*, Madrid, 2009.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», en *REDE*, n.º 37, 2011, digital, BIB 2011\162.
- CORTADA CORTIJO, N., «Interpretación», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./ Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 547-572.
- COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955.
- CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milán, 1959.
- CUENCA ANAYA, F., «El consumidor de bienes inmuebles», en *ASN*, t. VI, 1992, pp. 9-34.
- CUENCA ANTOLÍN, D., «El orden público y la justicia contractual», en Prats Albentosa, L. (coord.), *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 605-626.
- D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padua, 2008.
- «Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez.1., 14 giugno 2012, n. C-618/10)», en *I Contratti*, 2/2013, pp. 16-31.

## ■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- «Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva», en *Diritto Civile Contemporaneo*, 1/2014 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com>).
- D'AMICO, G., «Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)», en Pagliantini, S. (ed.), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, pp. 1-26.
- DANNEMANN, G. / VOGENAUER, S., «Introduction: The European Contract Law Initiative and the “CFR in Context” Project», en Dannemann, G./Vogenauer, S. (eds.), *The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, pp. 1-20.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, 1971, reimpr., Madrid, 1985.
- *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.
- DE LA TORRE DÍAZ, F., «La fiscalidad de las SGA y de la SAREB y sus efectos en el saneamiento de activos inmobiliarios del sistema financiero español», en *CdF*, vol. 19/2015, pp. 201-213 ([www.ief.es](http://www.ief.es)).
- DE VRIES, G. J. P., «Are The Principles Of European Contract Law better than Dutch Contract Law?», en HESSELINK, M. W./DE VRIES, G. J. P., *Principles of European Contract Law*, La Haya, 2001, pp. 107-187.
- DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en Craig, P./De Búrca, G. (eds.), *The evolution of EU Law*, Oxford, 2011, pp. 323-361.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. / PARRA LUCÁN, M. A., *De las nulidades de los contratos*, Zaragoza, 2003 ([www.unizar.es](http://www.unizar.es)).
- DELGADO RAMOS, J., «La reforma del artículo 693 LEC por la Ley 1/2013», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), enero 2014.
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS, *New bill will strengthen consumer rights*, Press Releases, 19.9.2011 (<http://news.bis.gov.uk>).
- *Enhancing consumer confidence through effective enforcement: consultation on consolidating and modernising consumer law enforcement powers*, 28.3.2012 ([www.gov.uk/government/consultations](http://www.gov.uk/government/consultations)).
- *Enhancing consumer confidence by clarifying consumer law: consultation on the supply of goods, services and the digital content*, 13.7.2012 ([www.gov.uk/government/consultations](http://www.gov.uk/government/consultations)).
- *Civil enforcement remedies: consultation on extending the range of remedies available to public enforcers of consumer law*, 5.11.2012 ([www.gov.uk/government/consultations](http://www.gov.uk/government/consultations)).
- *Consumer Rights Bill: Table of responses to consultations*, BIS/13/911, junio 2013 ([www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill](http://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill)).
- *Draft Consumer Rights Bill*, BIS/13/925, Cm 8657, 12.6.2013 ([www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill](http://www.gov.uk/government/publications/consumer-rights-bill)).
- *Explanatory Notes – Consumer Rights Act 2015*, 26.3.2015 ([www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)).
- DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padua, 2008.

- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 10.1.c) de la LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R./Salas Hernández, J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 246-312.
- «La cláusula penal y las arras», en *CDJ*, t. XXI, 1993, pp. 283-304.
- «Las arras (y II)», en *RDPR*, n.º 80, feb. 1996, pp. 83-112.
- (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, 2015.
- DÍAZ CADÓRNIGA, J., «La peligrosa distribución de la responsabilidad hipotecaria en documento privado», en *www.notariosyregistradores.com*, 29.6.2009.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica», en *RCDI*, n.º 732, 2012, pp. 1845-1905.
- DÍAZ GÓMEZ, M. J., «Los poderes del Estado en la conformación de la propiedad privada a la luz práctica del Tribunal europeo de derechos humanos», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 329-347.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», en *AC*, n.º 14/2005, BIB 2005\2025.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., «La reserva por parte del predisponente de facultades de modificación unilateral del contrato», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 105-126.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Los incumplimientos resolutorios*, Cizur Menor, 2005.
- «La propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (una presentación)», en *BMJ*, n.º 2130, abril 2011 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículo 114», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, Cizur Menor, 2016, pp. 1073-1102.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J., «La fiscalización de los elementos esenciales del contrato celebrado con consumidor: ¿fin de una controversia? A propósito de la Sentencia TJUE, Sala 1.ª, de 3 de junio de 2010 y la nueva Directiva sobre derechos de los consumidores», en *RdP* n.º 27, 2011, pp. 155-176.
- «El control del suelo hipotecario. Crónica jurisprudencial a propósito de la cláusula de limitación mínima del tipo de interés», en *RdP* n.º 29, 2012, pp. 829-864.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J. / INFANTE RUIZ, F. J., «Foreclosure System in Spain. About the Judgment of the European Court of Justice, 1st Chamber, 14 March 2013 (C-415/11)», en *GPR*, 6/2013, pp. 347-354.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, n.º 3, 1984, pp. 50-84.
- «Consideraciones introductorias sobre la directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contrata-

- ción bancaria», en Polo Díez, A. (coord.), *Estudios de Derecho bancario y bursátil: homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, Madrid, 1994, pp. 651-674.
- «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en Nieto Carol, U. (coord.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 459-502.
- DURANY PICH, S., «Arts. 5 y 7», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 264-335.
- EBERS, M., «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», en *ADC*, vol. 56, 4/2003, pp. 1575-1608.
- «Unfair Contract Terms Directive (93/13)», en SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLENER, C./EBERS, M., *EC Consumer Law Compendium – The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munich, 2008, pp. 197-261.
- «De la armonización mínima a la armonización plena» (trad. de ARROYO I AMAYUELAS, E.), en *InDret*, 2/2010 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», en *InDret*, 1/2012 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *RDM*, n.º 213, 1994, pp. 461-504.
- ESPINA FERNÁNDEZ, S., «La exigencia del pago del Impuesto Municipal sobre la plusvalía a los compradores de vivienda como cláusula abusiva», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, n.º 15/2005, Pamplona, BIB 2005\2335.
- ESTEBAN RIBERO, J. S., «La subrogación del comprador en el denominado préstamo promotor», en [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com), 1.10.2014.
- FARIA, J. E., *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, 2001.
- FASTRICH, L., *Richerliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, Munich, 1992.
- FAUVARQUE-COSSON, B. / MAZEAUD, D. (cords.), *Principes contractuels communs – Projet de cadre commun de référence*, coll. «Droit privé comparé et européen», vol. 7, Paris, 2008.
- FENOY PICÓN, N., «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», en *ADC*, vol. 63, 1/2010, pp. 47-136.
- «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *ADC*, vol. 64, 4/2011, pp. 1481-1684.
- FERRER RIBA, J., «DA 1.<sup>a</sup>, cláusula 2.<sup>a</sup>», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 990-1007.
- FERRERES COMELLA, V., «Las posibilidades de revisar sentencias judiciales firmes por infracción del Derecho de la Unión Europea», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 25, 2010, pp. 75-80.

- FERRONI, L., *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003.
- FINANCIAL STABILITY BOARD, *Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation*, Basilea, 27.10.2011 ([www.financialstabilityboard.org](http://www.financialstabilityboard.org)).
- FREDERICK, S. / LOWENSTEIN, G. / O'DONOGHUE, T., «Time Discounting and Time Preference: A Critical Review», en *JEL*, Vol. XL, junio 2002, pp. 351-401.
- GANDARIAS CEBRIÁN, L., «La plusvalía municipal y la sentencia del Tribunal Constitucional», en *Almacén de Derecho*, 20.2.2017 (<http://almacenederecho.org>).
- GANDOLFI, G. (coord.), *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre premier*, Milán, 2002, *Livre deuxième – 1*, Milán, 2007, y *Livre deuxième – 2*, Milán, 2008.
- GARCÍA PÉREZ, R. M., «Construcción del incumplimiento en la Propuesta de Modernización: la influencia del Derecho Privado Europeo», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 330-368.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil», en *RDC*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 7-27 ([www.nreg.es](http://www.nreg.es)).
- GARCÍAS DE ESPAÑA, E., «Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior», en *AC-M*, n.º 10/2013, BIB 2013\59.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (I)», en *Almacén de Derecho*, 29.11.2016 (<http://almacenederecho.org>).
- «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (II): Moratoria preconcursal», en *Almacén de Derecho*, 11.12.2016 (<http://almacenederecho.org>).
- «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuración y segunda oportunidad (III): El acuerdo o plan de reestructuración», en *Almacén de Derecho*, 20.12.2016 (<http://almacenederecho.org>).
- GENTILI, A., «L'inefficacia delle clausole abusive», en *Riv. dir. civ.*, 1/1997, pp. 403-438.
- «La “nullità di protezione”», en *Eur. dir. priv.*, 1/2011, pp. 77-119.
- GIMÉNEZ COSTA, A., «II.-1:108: Invalidez parcial o ineficacia», «II.-1:109: Condiciones Generales de la contratación», «II.-1:110: Cláusulas no negociadas individualmente», en Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M. P. (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Tomo I, Barcelona, 2012, pp. 110-135.
- GIMENO SENDRA, V., «Las cláusulas abusivas», Conferencia pronunciada el 23.5.2013 en el Consejo General de la Abogacía Española dentro del plan de formación continua organizado por Wolters Kluwer, recogida en *DLL*, n.º 8116, 1.7.2013, pp. 1-7.
- GIOIA, G., «Nuove nullità relative a tutela del contraente debole», en *Contr. e impr.*, 3/1999, pp. 1332-1364.
- GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padua, 2008.

## ■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- GOLDBERG, V. P., «Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand», en *JLE*, Vol. 17, No. 2, 1974, pp. 461-492 ([www.jstor.org/stable/724901](http://www.jstor.org/stable/724901)).
- GOMÁ LANZÓN, F., «Análisis y crítica de la orden EHA/2899/2011, de transparencia en los servicios bancarios», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 40, 8.12.2011 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Cláusulas suelo y otras cláusulas hipotecarias abusivas: soluciones judiciales y extrajudiciales*, Madrid, 2017.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, C., *La nulidad parcial del contrato*, Madrid, 1995.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», en *RE-DUE*, n.º 26, 1/2014, pp. 313-328.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., «La contratación inmobiliaria con consumidores», en *CESCO*, 2008 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- «Cláusula sorpresiva incorporada a la escritura de venta por la que el adquirente de vivienda declara conocer y asumir el importe de la deuda generada por el consumo de suministros energéticos de los anteriores propietarios», en *CESCO*, marzo 2010 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J., «La Ciudad en Clave de Riesgo: El Derecho a la Seguridad o la Obsesión por Ella», en ROSILLO MARTÍNEZ, A. *et al.*, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, pp. 443-466.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Artículo 5», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 139-192.
- «Cláusulas no negociadas individualmente», «Artículo 83», «Artículo 85», «Artículo 87», «Artículo 89», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pp. 883-947, pp. 981-1062, pp. 1082-1101, y pp. 1111-1151.
- «Análisis de la STS de 16 de diciembre de 2009», en *CESCO*, *Estudios de los ponentes del meeting «Nuevos retos del Derecho de Consumo: prácticas comerciales desleales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria»*, Cuenca, 26 y 27 de octubre de 2010 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- GORDILLO CAÑAS, A., «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», en *ADC*, vol. 28, 1/1975, pp. 101-204.
- «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983.
- GROSSI, P., *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, 1986.
- GROSSI, P. / LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, 2013.

- GUIGLIA, G., «El derecho a la vivienda en la Carta Social: a propósito de una reciente condena a Italia del Comité Europeo de Derechos Sociales», en *RDPO*, n.º 82, 2011, pp. 543-578.
- HALL, H., «The Application of the Directive to the Public Services» en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 2, pp. 113-121. Trabajos de la Conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).
- HALL, H. / TIXADOR, C. (eds.), *Application de la Directive 93/13 aux prestations de service public – Rapport de synthèse*, Paris, 1997.
- HERNÁNDEZ GIL, F., *Las arras en el derecho de la contratación (en torno al artículo 1454 del Código Civil)*, Salamanca, 1958.
- HERRERA FLORES, J., «Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales», en Sánchez Rubio, D./Herrera Flores, J./De Carvalho, S. (orgs.), *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*, Porto Alegre, 2010, pp. 72-109.
- HESSELINK, M. W., «Unfair Terms in Contracts Between Businesses», en Schulze, R./Stuyck, J. (eds.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 131-148.
- HIJMA, J., «Art. 4:110», en Busch, D./Hondius, E./Van Kooten, H. J./Schelhaas, H. N./Schrama, W. M. (eds.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, La Haya, 2002, pp. 214-217.
- HOWELLS, G. / WILHELMSSON, T., *EC Consumer Law*, Farnham, 1997.
- HUALDE MANSO, T., «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», en *AC-M*, n.º 2/2013, BIB 2013\904.
- «Pago de plusvalía en la venta de inmuebles y abusividad», en *AC-M*, n.º 3/2014, BIB 2014\1537.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del derecho de obligaciones: la necesitada modernización del derecho de obligaciones y la gran solución», en *RdP*, n.º 8, 2002, pp. 153-172.
- «La exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto: a propósito de la Sentencia TJCE, Sala 1.ª, de 9 de septiembre de 2004», en *RdP* n.º 15, 2005, pp. 159-173.
- «¿Qué ocurre cuando el legislador se confía frente a una directiva? Exclusión de la regla *contra proferentem* en el procedimiento de control abstracto de las condiciones generales», en *RFDUG* n.º 9, 2006, pp. 469-493.
- «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference* de derecho privado europeo, en *Indret*, 2/2008 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- *Contrato y término esencial. Derecho español y Derecho comparado*, Madrid, 2008.
- «La promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria», en Parra Lucán, M. A. (dir.), *Acceso a la vivienda y contratación*, Valencia, 2015, pp. 217-269.

- INFANTE RUIZ, F. J. / OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», en *InDret*, 3/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3.<sup>a</sup> ed., Roma, 2010.
- JANSEN, N. / ZIMMERMANN, R., «“A European Civil Code in All But Name”: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference», en *CLJ*, vol. 69, 1/2010, pp. 98-112.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, 1996-1999, pp. 439-529.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A., «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», en *RCDI*, n.º 724, 2011, pp. 1159-1181.
- JOOST, D., «Der Ausschluss der Inhaltskontrolle bei Entgeltregelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen», en *ZIP*, 40/1996, pp. 1685-1693.
- JORDANO FRAGA, F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.
- JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *Todo transmisiones 2014*, Valencia, 2014.
- KAPNOPOULOU, E. N., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tubinga, 1997.
- KODRES, L. E., «What is Shadow Banking? — Many financial institutions that act like banks are not supervised like banks», en *F&D*, 2013, vol. 50, n.º 2, pp. 42 y 43 ([www.imf.org](http://www.imf.org)).
- KOKOTT, J., *Conclusiones en el Asunto C-415/11, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, Luxemburgo, 8.11.2012 (ECLI: EU: C:2012:700).
- *Conclusiones en el Asunto C-32/12, Soledad Duarte Hueros contra Autociba, S. A., y Automóviles Citroën España, S. A.*, Luxemburgo, 28.2.2013 (ECLI: EU: C:2013:128).
- KÖNDGEN, J., «§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts en Riesenhuber», en Riesenhuber, K. (ed.), *Europäische Methodenlehre*, Berlín, 2010, pp. 189-223.
- KOTHARI, M., «Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari: addendum: mission to Spain», en *UN Human Rights Council, A/HRC/7/16/Add.2*, 7.2.2008 ([www.ohchr.org](http://www.ohchr.org)).
- LAMARCA I MARQUÉS, A., «Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones», en *InDret*, 1/2002 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- LANDO, O., «Le clausole contrattuali ingiuste nel diritto dei paesi nordici», en Bianca, C. M. (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, Milán, 1979, pp. 261-268.
- «Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium», en *Sc. St. L.*, n.º 40, 2000, pp. 343-401.

- «On a European Contract Law for Consumer and Business – Future Perspectives», en Schulze, R./Stuyck, J. (eds.), *Towards an European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 203-214.
- LANDO, O. / BEALE, H. (eds.), *Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised*, La Haya, 2000.
- LANDO, O. / CLIVE, E. / PRÜM, A. / ZIMMERMANN, R. (eds.), *Principles of European Contract Law: Part III*, La Haya, 2003.
- LARROUMET, Ch., *Droit civil*, t. III, *Les obligations. Le contrat*, París, 1990.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDPR*, n.º 64, 1980, pp. 50-78.
- LAUROBA LACASA, M. E., «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en Barral Viñals, I./Tornos Mas, J. (dirs.), *Vivienda y crisis: ensayando soluciones*, Barcelona, 2015, pp. 217-233.
- LEFF, A. A., «Contract as thing», en *Am. U. L. Rev.*, Vol. 19, No. 2, 1970, pp. 131-157 ([http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2827](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2827)).
- LÉGER, P., *Conclusiones en el Asunto C-224/01, Gerhard Köbler contra Republik Österreich*, Luxemburgo, 8.4.2003 (ECLI: EU: C:2003:207).
- *Conclusiones en el Asunto C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA contra República Italiana*, Luxemburgo, 11.10.2005 (ECLI: EU: C:2005:602).
- LEHMANN, M., «Derecho privado europeo. ¿Un Derecho opcional?», en *NUE*, n.º 320, 2011, pp. 3-12.
- LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002.
- LLOPIS BENLLOCH, J. C., «Las declaraciones de obra nueva. Modalidades y requisitos. Las actas de finalización de obra», en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), 23.4.2008.
- LOOS, M., «Scope and Application of the Optional Instrument», en *CSECL – WPS*, 2011/09, 20.7.2011 (<http://papers.ssrn.com>).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., «La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre la cláusula suelo: una sentencia reiterativa e insuficiente», en *DLL*, 31.10.2014, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).
- (coord.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, 3.ª ed., Barcelona, 2017.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.
- «Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular», en *QF*, vol. 25, 1996, pp. 409-466.
- «El derecho de propiedad. Una *relectio*», en *ADC*, vol. 51, 4/1998, pp. 1637-1691.

- «El derecho a la propiedad privada y a la herencia. Función y límites», en Molina Navarrete, C./Monereo Pérez, J. L./Moreno Vida, M. N. (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, pp. 249-285.
- *Derecho Civil Constitucional*, Sevilla, 2015.
- LUQUE JIMÉNEZ; M. C., «La cláusula reguladora del plazo de entrega de la vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 146-160.
- LYCZKOWSKA, K., «Sentencia de 12 de diciembre de 2011. La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato», en *CCJC*, n.º 89, 2012, pp. 551-570.
- MAJELLO, U., «La patologia discreta del contratto annullabile», en *Riv. dir. civ.*, vol. 49, n.º 4, 2003, pp. 329-356.
- MANCINI, G. F., «The Making of a Constitution for Europe», en *CML Rev.*, vol. 26, n.º 4, 1989, pp. 595-614.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., «La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5/2013, pp. 35-43 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- MARIÑO PARDO, F. M., «Obligaciones del vendedor», en [www.franciscomarinpardo.es](http://www.franciscomarinpardo.es), 11.11.2014.
- «La declaración de obra nueva. Doctrina de la DGRN», en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com), 18.12.2014.
- «El ajuste de la división horizontal a la declaración de obra nueva. El artículo 53.a del Real Decreto 1093/1997. La división horizontal de la vivienda unifamiliar y otros supuestos. La Resolución DGRN de 3 de octubre de 2014», en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com), 3.1.2015.
- «La división horizontal, la propiedad horizontal tumbada y los complejos inmobiliarios. ¿Está sujeta a licencia la división horizontal? Las Resoluciones de 21 de enero de 2014, 3 de octubre de 2014 y 17 de octubre de 2014», en [www.iurisprudente.com](http://www.iurisprudente.com), 13.1.2015.
- MARTHINUSSEN, H. F., «Unfair Contract Terms», en Plaza Penadés, J./Martínez Velencoso, L. M. (eds.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham, 2015, pp. 93-110.
- MARTÍN FABA, J. M., «¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 19/2016, pp. 178-204 ([www.revista.uclm.es](http://www.revista.uclm.es)).
- MARTÍN RODRÍGUEZ, P., «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario», en *RDCE*, n.º 19, 2004, pp. 829-868.
- «TJCE – Sentencia de 13.06.2006, Traghetti del Mediterraneo SpA/República Italiana, C-173/03 – Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Dere-

- cho comunitario imputable a los órganos judiciales de última instancia», en *RDCE*, n.º 25, 2006, pp. 1017-1033.
- MARTÍN VALDIVIA, S. M., «El decreto-Ley andaluz de vivienda 6/2013, ¿romanticismo, propaganda o función social legítima?», en *RUE*, n.º 28, 2013, pp. 67-98.
- MARTÍNEZ ROSADO, J., «La Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios: contenido y reflexiones a la luz de su articulado», en *RDBB*, n.º 106, 2007, pp. 133-165.
- MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», en *RAD*, n.º 5/2013, pp. 163-169.
- MCGREGOR, H., *Contract Code: Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milán, 1993.
- MEDINA ALCOZ, M., «Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference», en *InDret*, 4/2011 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- MENDOZA LOSANA, A. I., «Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios», en *CESCO*, mayo 2013 ([www.uclm.es/centro/cesco](http://www.uclm.es/centro/cesco)).
- MENGOZZI, P., *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco, S. A. U.; Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.; Banco Popular Español, S. A., contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu*, Luxemburgo, 13.7.2016 (ECLI: EU: C:2016:552).
- MEZZASOMA, L., «Las cláusulas abusivas y la consolidación del remedio de la nulidad de protección en el ordenamiento jurídico italiano», en *Vniversitas*, n.º 128, 2014, pp. 173-198.
- MICKLITZ, H.-W., «Obligation of Clarity and Favourable Interpretation to the Consumer (Art.5)», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 4, pp. 158-171. Trabajos de la Conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).
- *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge, 2005.
- «The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts», en *EUI – LWP*, 2010/12, agosto 2010 (<http://cadmus.eui.eu>).
- «An Optional Law on Off-premises, Distance Sales and Unfair Terms for European Business and Consumers?», en MICKLITZ, H.-W./REICH, N., «The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or Not Broad Enough?», *EUI – LWP*, 2012/04, febrero 2012, pp. 39-65 (<http://cadmus.eui.eu>).

- MICKLITZ, H.-W. / REICH, N., «Crónica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a Directive on consumer rights», en *CML Rev.*, vol. 46, n.º 2, abril 2009, pp. 471-519.
- «The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or Not Broad Enough?», en *EUI – LWP*, 2012/04, febrero 2012 (<http://cadmus.eui.eu>).
- MÍNGUEZ JIMÉNEZ, F., «Comentarios a las consultas emitidas por la Dirección General de Tributos», Febrero 2004, en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., (2002a) «DA 1.ª3», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 893-964.
- (2002b) «Art. 8», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 428-482.
- «La nulidad de las condiciones generales», en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2006 ([www.codigo-civil.info/nulidad](http://www.codigo-civil.info/nulidad)).
- «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», en Arellano Gómez, F. J./Díaz Gómez, M. J. (eds.), *Estudios jurídicos sobre vivienda y desahucios: análisis crítico y propuestas alternativas*, Sevilla, 2015, pp. 19-47.
- MIRANDA SERRANO, L. / PAGADOR LÓPEZ, J., «Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predisuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia. (A propósito de las SSTJUE en los asuntos C-618/10, de 14 de junio de 2012, y C-397/11 y C-488/11, de 30 de mayo de 2013)», en [www.ccopyme.org](http://www.ccopyme.org), 11.12.2013.
- MONTICELLI, S., «Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell’art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.)», en *Rass. dir. civ.*, 3/1997, pp. 565-577.
- «Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio», en [www.associazionecivilisti.it](http://www.associazionecivilisti.it), *Articoli e Saggi*, 25.11.2009, estudio encargado por el *Consiglio Nazionale del Notariato* y publicado en la revista que dirige, *Studi e Materiali*, 3/2009, pp. 975-993.
- MONTOYA MATEOS, P., *Gestión de promociones inmobiliarias*, Madrid, 2004.
- MORALEJO IMBERNON, N. I., «Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1ª.V.22.ª LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 1171-1203.
- MORALES MORENO, A. M., «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por falta de pago», en Díez-Picazo y Ponce de León, L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor, 2014, vol. II, pp. 1957-1993.
- MORENO SERRANO, B., «Tributos. Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Transmisión de vivienda. Obligado tributario. Comentario a la Sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014: Europa da la razón al

- comprador que asumió el pago del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana», en *La Administración Práctica*, n.º 4/2014, versión electrónica, BIB 2014\1561.
- MORENO TRAPIELLA, P. C., *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Madrid, 2017.
- MORRONGO MARTÍN, M. A., «La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas», en Botana García, G./Ruiz Muñoz, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, pp. 321-349.
- MUÑOZ GUIJOSA, M. A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Cizur Menor, 2009.
- MURILLO VILLAR, A., «Anatocismo. Historia de una prohibición», en *AHDE*, n.º 69, 1999, pp. 497-518.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012.
- O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas» (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril), en *EC*, n.º 54, 2000, pp. 115-143.
- OFFICE OF FAIR TRADING, *Unfair Contract Terms Bulletin*, Iss. 8, OFT 291, Londres, diciembre 1999 (www.of.gov.uk).
- *Unfair contract terms guidance*, OFT 311, Londres, septiembre 2008 (www.of.gov.uk).
- *Unfair terms in consumer contracts: a new approach? OFT response to the Law Commission Issues Paper*, OFT 1465, Londres, noviembre 2012 (www.of.gov.uk).
- OLEO BANET, F., «Art. 4», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 230-263.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., (2014a) *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el Derecho inglés*, Valencia, 2014.
- (2014b) «El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos», en *RDC*, vol. I, n.º 3, 2014, pp. 37-66 (www.nreg.es).
- ORDÁS ALONSO, M., «La contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios en la Ley 2/2009, de 31 de marzo», en *AC*, n.º 9/2009, BIB 2009\758.
- «La difícil interpretación de la Ley 2/2009 por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios tras la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5/2013, pp. 44-55 (www.revista.uclm.es).
- ORDUÑA MORENO, F. J., «Condiciones generales, control de transparencia e ineficacia contractual», «Condiciones generales, control de transparencia, integración contractual y cumplimiento o ejecución del contrato», en ORDUÑA MORENO, F. J./SÁNCHEZ MARTÍN, C./GUILLÉN CATALÁN, R., *Control de Transparencia y Contratación Bancaria*, Valencia, 2016 (libro electrónico), pp. 91-158.

- OROZCO PARDO, G., «Protección de los consumidores, condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios», en *AC-M*, n.º 10/2002, BIB 2002\1287.
- ORTÍ VALLEJO, A., «Comentario al artículo 13», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R./ Salas Hernández, J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 397-423.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999.
- PAISANT, G. / CARBALLO FIDALGO, M., «Première interprétation par la CJCE de la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives», en *JCP. G*, n.º 15-16, 2001, pp. 768-772.
- PALACIOS LLERAS, A., «The consent theory critique and standard form contracts in civil law, with special reference to law and economics», en *works.bepress.com*, dic. 2011.
- PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», en *AC-M*, n.º 5/2011, BIB 2011\1062.
- PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997.
- «Cláusulas abusivas: nulidad de la cláusula, validez del contrato. Constitucionalidad de las normas que ordenan la nulidad de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores», (Comentario a la STS de 7 de julio de 1999), en *CCJC*, n.º 51, 1999, pp. 1299-1306.
- «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», «DA 1.ª, 3: Art. 10 bis.2 LGD-CU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 271-312, y pp. 771-794.
- PAZOS CASTRO, R., «El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas, la transparencia de sus cláusulas y la integración contractual. Comentario a la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai)», en *Boletín CeDeUsC*, Comentario 5/2014 (<http://revistas.usc.es/boletincede>).
- PERDICES HUETOS, A. B., «Art. 10», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 519-547.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., «La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas», en *RdP* n.º 39, 2016, BIB 2016\670.
- PÉREZ CONESA, C., «Condiciones generales de la contratación abusivas: cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», en *AC-M*, n.º 4/2013, pp. 39-47.
- PÉREZ HERESA, J., «Propuestas notariales de protección al deudor hipotecario», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 41, 1.2.2012 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P., *El proceso de modernización del Derecho Contractual Europeo*, Madrid, 2013.

- PERLINGIERI, P., «Nuovi profili del contratto», en *Rass. dir. civ.*, 3/2000, pp. 545-571.
- «Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti», en *Rass. dir. civ.*, 2/2001, pp. 334-356.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *AC*, n.º 17, 2003, pp. 15-29.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, 2004.
- «Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda», en *Estudios sobre Consumo*, n.º 77, 2006, pp. 23-38.
- «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *AC-M*, n.º 9/2011, BIB 2011\840.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *InDret*, 3/2013 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- «Buena fe ex art. 1.258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», en *InDret*, 4/2016 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- (2017a) «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016 que declara contraria a derecho comunitario la doctrina jurisprudencial sobre la limitación en el tiempo de los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo», en *InDret*, 1/2017 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- (2017b) *La Nulidad de las Cláusulas Suelo en Préstamos Hipotecarios*, Valencia, 2017.
- PFEIFFER, T., (2009a) «Non-negotiated terms», en Schulze, R. (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2009, pp. 183-194.
- (2009b) «Kommentierung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», en Grabitz, E./Hilf, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, Teil A 5.
- PFEIFFER, T. / EBERS, M., Art. 6:101–6:306 (Non-Negotiated Terms), en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Munich, 2007, pp. 213-253; id. *Contract II*, Munich, 2009, pp. 297-337.
- PISARELLO PRADOS, G., «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», en *RCDP*, n.º 38, 2009, versión electrónica ([www.rcdp.cat](http://www.rcdp.cat)).
- PLAZA PENADÉS, J., «Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», en *DLL*, n.º 8112, 2013, pp. 11-17.
- POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- POZSAR, Z. / ADRIAN, T. / ASHCRAFT, A. / BOESKY, H., «Shadow Banking», en *EPR*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 1-16.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., «Estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional», en *AC-M*, n.º 14/2003, BIB 2003\1300.
- RADIN, M. J., «Human, Computers and Binding Commitment», en *Ind. L. J.*, Vol. 75, Iss. 4, 2000, pp. 1125-1161 ([www.repository.law.indiana.edu](http://www.repository.law.indiana.edu)).

- RAMOS CHAPARRO, E., *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999.
- RAMSAY, I., *Consumer Law and Policy*, Oxford, 2007.
- REBOLLEDO VARELA, A. L., «Compraventa de vivienda: reclamaciones del comprador por el incumplimiento de la obligación de entrega conforme a lo pactado», en *AC-M*, n.º 6/2005, BIB 2005\1096.
- REMY-CORLAY, P., «L'influence du droit communautaire sur l'office du juge», en *RTD-civ.*, 4/2009, pp. 684-692.
- REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, Madrid, 1994.
- REYES LÓPEZ, M. J., *Derecho de consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de viviendas, de arrendamiento de obra y financiación. Comentarios, legislación y jurisprudencia*, Valencia, 1993.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Arras: Una construcción jurisprudencial», en *RGD*, n.º 594, 1994, pp. 1701-1719.
- RODOTÁ, S., *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., «La STJUE 17 julio 2014 y la posibilidad de recurso en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RAD*, n.º 6/2014, BIB 2014\3353.
- «Cláusulas suelo: ¿de la transparencia al error?», en *RAD*, n.º 6/2015, BIB 2015\1834.
- «Implicaciones, a vuela pluma, de la STJUE de diciembre de 2016 sobre cláusulas suelo», en *RAD*, n.º 1/2017, BIB 2017\10531.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ-OLIVA, A., «La crisis de la plusvalía municipal: especial referencia a las ejecuciones hipotecarias», en *www.elderecho.com*, 1.6.2013.
- ROJAS ABASCAL, T. / PORTILLO CABRERA, E., «El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad», en *RAD*, n.º 5/2014, pp. 151-160.
- ROPPO, V., «The Definition of “Unfairness”: The Application of Art. 3(1), 4(1) – and of the Annexes of the Directive», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 3, pp. 132-143. Trabajos de la Conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).
- ROTT, P. / TERRY, E., «The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No single Set of Rules», en *ZEUP*, 3/2009, pp. 456-488.
- ROVIRA PEREA, J., «Cancelaciones obligaciones y reales tras la reforma de la Ley 2/1994», en *www.notariosyregistradores.com*, 4.3.2008.
- RUIZ VADILLO, E., «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDPR*, n.º 59, may. 1975, pp. 374-412.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P., «Cláusula de declaración de conformidad por el comprador sobre el bien inmueble, en contrato de compraventa con condiciones generales»,

- en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 161-179.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Pluralidad de sujetos en la relación jurídico-hipotecaria», en *REDUR*, n.º 1, 2003, pp. 205-223 ([www.unirioja.es](http://www.unirioja.es)).
- SAGGIO, A., *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98*, Océano Grupo Editorial, S. A. contra Rocío Murciano Quintero; Salvat Editores, S. A. contra José M. Sánchez Alcón Prades et al., Luxemburgo, 16.12.1999 (ECLI: EU: C:1999:620).
- SAIDOV, D., «Anticipatory Non-Performance and Underlying Values of the UNIDROIT Principles», en *Unif. L. Rev.*, vol. 11, 4/2006, pp. 795-822 (<http://ulr.oxfordjournals.org>).
- SALOP, S. / STIGLITZ, J., «Bargains and Ripoffs: A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion», en *Rev. Econ. Stud.*, Vol. 44, No. 3, 1977, pp. 493-510 ([www.jstor.org/stable/2296903](http://www.jstor.org/stable/2296903)).
- SALVADOR CODERCH, P., «Art. 6.2», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 384-408.
- «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», en *InDret*, 4/2009 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *La resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «DA 1.ª IV. 18.ª LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 1103-1123.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016», en *Revista de Derecho vLex*, n.º 152, enero 2017.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «El precontrato inmobiliario», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 71-77.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, B. / DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Art. 9», en Alfaro Águila-Real, J. (coord.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 483-518.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C., «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», en *DLL*, n.º 8112, 2013, pp. 1-4.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., «Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)», en *RCDI*, n.º 748, pp. 681-732.
- SANZ VIOLA, A. M., *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994.

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- SAZARÁ JIMENA, R., «La nulidad en los contratos de adhesión», en Ferrándiz Gabriel, J. R. (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial, El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Madrid, 1994, pp. 11-57.
- «La ley sobre condiciones generales de contratación», en *Jueces para la democracia*, n.º 32, 1998, pp. 50-57.
- SCHILLIG, M., «Inequality of bargaining power versus market for lemons: Legal Paradigm change and the Court of Justice's jurisprudence on Directive 93/13 on unfair contract terms», en *EL Rev.*, vol. 33, 2008, pp. 336-358.
- «Directive 93/13 and the “price term exemption”: a comparative analysis in the light of the “market for lemons” rationale», en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 4, 2011, pp. 933-963.
- *Study on the Unfair Terms Directive across Europe*, Londres, 2013 (www.oft.gov.uk).
- SCHMIDT, H., *Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Heidelberg, 1986.
- SCHMIDT-KESSEL, M./ERLER, K. /GRIMM, A. /KRAMME, M., «Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel – Teil 1», *id.* «Teil 2», en *GPR*, 1/2016, pp. 2-8, y 2/2016, pp. 54-70, respectivamente.
- SCHMIDT-SALZER, J., «Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)», en Pfeiffer, G./Kummer, J./Scheuch, S. (eds.), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Colonia, 1996, pp. 259-278.
- SCHULTE-NÖLKE, H. /BUSCH, CH., «Art. 1:101», en ACQUIS GROUP, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract I*, Munich, 2007, pp. 17-22; *id.* *Contract II*, Munich, 2009, pp. 49-54.
- SILLERO CROVETTO, B., «El derecho a la información y la protección del consumidor en la compraventa de vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 21-51.
- SIMON, H. A., «A Behavioral Model of Rational Choice», en *QJE*, Vol. 69/1, 1955, pp. 99-118 (<http://qje.oxfordjournals.org/content/69/1/99.full.pdf>).
- «Rationality in Psychology and Economics», en *J. Bus.*, Vol. 59/4, Part. 2, 1986, pp. 209-224 ([www.jstor.org/stable/i340501](http://www.jstor.org/stable/i340501)).
- SERRA RODRÍGUEZ, A., «La imposición al consumidor de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en la compraventa de viviendas», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 202-232.
- «Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo», en *BMJ*, n.º 2153, 2013 ([www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)).
- SERRANO ALBERCA, J. M., *El derecho de propiedad, la expropiación y la valoración del suelo*, Cizur Menor, 2009.

- SOLER PASCUAL, L. A., «¿Son abusivas las cláusulas suelo que se constituyen en algunas hipotecas?», en *BCI*, n.º 85, dic. 2011, EDB 2011/288179.
- SOLER SOLÉ, G., «TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado», en *DLL*, 20.1.2017, documento online (<http://diariolaley.laley.es>).
- SUÁREZ PINILLA, J. I., «La escritura pública e inscripción registral de la obra nueva. Especial referencia a la normativa de Andalucía», en *www.notariosyregistradores.com*, mayo 2012.
- SZPUNAR, M., *Conclusiones en el Asunto C-49/14, Finanzmadrid EFC, S. A., contra Jesús Vicente Albán Zambrano et al.*, Luxemburgo, 11.11.2015 (ECLI: EU: C:2015:746).
- *Conclusiones en el Asunto C-421/14, Banco Primus, S. A. contra Jesús Gutiérrez García*, Luxemburgo, 2.2.2016 (ECLI: EU: C:2016:69).
- TEVERE, V., «Giudicato a formazione progressiva e violazione del diritto UE: il Consiglio di Stato rimette all' Adunanza Plenaria la questione», en *Amministrativamente. Rivista di diritto amministrativo*, n.º 1-2/2016 ([www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)).
- THE LAW COMMISSION / THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts*, LAW COM n.º 292, SCOT LAW COM n.º 199, Cm 6464, SE/2005/13, 24.2.2005 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).
- *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, 25.7.2012, (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).
- *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, 19.3.2013 (<http://lawcommission.justice.gov.uk>).
- TIZZANO, A., *Conclusiones en el Asunto C-302/04, Ynos kft contra János Varga*, Luxemburgo, 22.9.2005 (ECLI: EU: C:2005:576).
- TORRES PEREA, J. M., «Cláusulas abusivas en la contratación de préstamo con garantía hipotecaria para la financiación de compra de vivienda», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 233-265.
- TRSTENJAK, V., *Conclusiones en el Asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, Luxemburgo, 29.10.2009 (ECLI: EU: C:2009:682).
- (2011a) *Conclusiones en el Asunto C-453/10, Jana Pereničová y Vladislav Perenič contra SOS financ, spol. s.r.o.*, Luxemburgo, 29.11.2011 (ECLI: EU: C:2011:788).
- (2011b) *Conclusiones en el Asunto C-472/10, Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contra Invitel Távközlési Zrt*, Luxemburgo, 6.12.2011 (ECLI: EU: C:2011:806).
- (2012a) *Conclusiones en el Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S. A. contra Joaquín Calderón Camino*, Luxemburgo, 14.2.2012 (ECLI: EU: C:2012:74).
- (2012b) *Conclusiones en el Asunto C-92/11, RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, Luxemburgo, 13.9.2012 (ECLI: EU: C:2012:566).

- UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I., «El control de comunitariedad de las resoluciones jurisdiccionales y el límite de la identidad constitucional», en *REDE*, n.º 59, 2016, digital, BIB 2016\4128.
- ULMER, P., «Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk», en *JZ*, 10/2001, pp. 491-497.
- UREÑA MARTÍNEZ, M., «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», en *RdP*, n.º 12, 2004, pp. 25-48.
- VALCKX, N./ AMIDZIC, G./ ARREGUI, N./ BLANKENHEIM, J./ EHRENTAUD, J./ GRAY, D. *et al.*, «Shadow banking around the globe: How large, and how risky?», en INTERNATIONAL MONETARY FUND, Washington, DC, 2014, *Global Financial Stability Report, October 2014: Risk Taking, Liquidity, and Shadow Banking. Curbing Excess while Promoting Growth*, pp. 65-104.
- VALLE, L., «La nullità delle clause vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione», en *Contr. e impr.*, 6/2011, pp. 1366-1421.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», en *CDT* vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 199-216 ([www.uc3.es/cdt](http://www.uc3.es/cdt)).
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Ilicitud contractual. Supuestos y efectos*, Valencia, 2002.
- VERDÚN PÉREZ, F., «La sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 19, 2016, pp. 75-111.
- VIGNERON-MAGGIO-APRILE, S., *L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation*, Zurich, 2006.
- VILLAREJO GALANDE, H. / SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en *ICCAA* 2008, pp. 81-122.
- VON BAR, C., «Eine neue Vertragsrechtsordnung für Europa», en Von Bar, C./Wudarski, A. (eds.), *Deutschland und Polen in der europäischen Rechtsgemeinschaft*, Munich, 2012, pp. 3-11.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHULTE-NÖLKE, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009.
- VON BAR, C. / CLIVE, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, Munich, 2009.
- WAHL, N., (2014a) *Conclusiones en el Asunto C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, Luxemburgo, 12.2.2014 (ECLI: EU: C:2014:85).
- (2014b) *Conclusiones en los Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco, S. A., contra José Hidalgo Rueda, María del Car-*

- men Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S. L., Francisco Antonio López Reina y Rosa María Hidalgo Vega; Caixabank, S. A., contra Manuel María Rueda Ledesma, Rosario Mesa Mesa, José Labella Crespo, Rosario Márquez Rodríguez, Rafael Gallardo Salvat, Manuela Márquez Rodríguez, Alberto Galán Luna y Domingo Galán Luna, Luxemburgo, 16.10.2014 (ECLI: EU: C:2014:2299).*
- WHITFORD, W., «Contract law and the Control of Standardized Terms in Consumer Contracts: An American report», en *ERPL*, Vol. 3, Iss. 2, 1995, pp. 193-210.
- WHITTAKER, S., «Unfair Terms, Public Services and the Construction of a European Conception of Contract», en *LQR* n.º 116, 2000, pp. 95-120.
- WHITTAKER, S. / ZIMMERMANN, R., «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Whittaker, S./Zimmermann (eds.), *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, pp. 8-57.
- WILHELMSSON, T., «The Scope of the Directive: Non-negotiated Terms in Consumer Contracts (Art. 1§1, 3§1, 4§2)», en *The integration of Directive 93/13 into the national legal systems*, Workshop 1, pp. 94-102. Trabajos de la Conferencia *The Directive on «Unfair Terms», five years later – Evaluation and future perspectives*, organizada por la Comisión Europea y celebrada en Bruselas los días 1 a 3 de julio de 1999 (<http://ec.europa.eu>).
- WILLETT, CH., «General Clauses of Fairness and the Promotion of Values Important in Services of General Interest», en Twigg-Flesner, Ch./Parry, D./Howells, G./Nordhausen, A. (eds.), *The Yearbook of Consumer Law 2008*, Hampshire, 2007, pp. 67-106.
- «The functions of transparency in regulating contract terms: UK and Australian approaches», en *ICLQ*, Vol. 60, Iss. 2, 2011, pp. 355-385.
- WITTE, P. J., *Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Münster, 1983.
- WOLF, M., «Grundzüge», en Grabitz, E./Hilf, M. (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, vol. IV, Munich, 2009, Teil A 1.
- WOLF, M. / UNGEHEUER, C., «Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen – Teil 1», en *JZ*, 2/1995, pp. 77-85.
- WOLKMER, A. C., «Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: Dimensões Emancipadoras», en ROSILLO MARTÍNEZ, A. et al., *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, 2008, pp. 181-202.
- YANES YANES, P., «El control de la “cláusula suelo”», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 43, 16.5.2012 ([www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)).
- ZEJALBO MARTÍN, J., «Fiscalidad de la modificación y protocolización del valor de tasación de los préstamos hipotecarios», en [www.notariosregistradores.com](http://www.notariosregistradores.com), 18.8.2014.
- ZIMMERMANN, R., «Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law», en *ERLC*, vol. 8, 4/2012, pp. 367-399.

■ ADQUISICIÓN DE VIVIENDA Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

- «Interest for Delay in Payment of Money», en Gullifer, L./Vogenauer, S. (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford, 2014, pp. 319-349.
- ZUMAQUERO GIL, L., «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en Cañizares Lazo, A. (coord.), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Madrid, 2006, pp. 266-287.
- ZURILLA CARIÑANA, M. A., «Cláusulas hipotecarias abusivas (Algunas reflexiones a la luz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 16.12.2009 y del Juzgado Mercantil n.º 2 de Sevilla de 30.09.2010)», en SPCS, Documento de trabajo n.º 8/2010 ([www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo](http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo)).

En los últimos años, como consecuencia de la gravísima crisis económica mundial, intensificada en España por una crisis del sistema financiero de extraordinarias proporciones, han quedado al descubierto profundos defectos del ordenamiento jurídico español en la regulación del sistema de ejecuciones hipotecarias, así como un buen número de cuestionamientos sobre las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios, que hasta hace bien poco no habían traspasado la línea del puro debate técnico-jurídico de la dogmática al uso. A medida que estos defectos se destapaban el impacto social generado ha sido considerable. Así, ejecuciones hipotecarias masivas, dramáticos lanzamientos de las viviendas, clamorosos casos de subsistencia de deudas tras las ejecuciones hipotecarias frente a contadísimos de aceptación por las entidades crediticias de las “daciones en pago”, cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas de intereses moratorios, o cláusulas sobre el interés negativo, son, entre otras muchas, cuestiones jurídicas muy candentes. El autor analiza las notas de “abusividad” que caracterizan a muchas cláusulas presentes en nuestro sistema crediticio, partiendo de los pronunciamientos contenidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expone la evolución de nuestro ordenamiento para dar cumplimiento a los pronunciamientos del Alto Tribunal, sistematiza los mecanismos para su control de oficio previstos en la legislación española, pone de relieve las insuficiencias de nuestra normativa y efectúa las pertinentes propuestas de reforma. Todo ello en un estilo claro y sin concesiones a la hora de abordar una materia de enorme trascendencia social, con especial incidencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

